# Schulung für die civilistische Praxis

von

**Adolf Stölzel.**



Berlin, 1894.
Verlag von Franz Vahlen.
W., Mohrenstraße 13/14.

# Verlag von Franz Vahlen in Berlin

W., Mohrenstraße 13/14.

---

Dr. **Adolf Stölzel,**

Präsident der Justizprüfungskommission, vortragender Rath im Justizministerium, ordentlicher Honorarprofessor an der Universität zu Berlin:

## Carl Gottlieb Suarez

Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts.

(Mit drei Abbildungen und einer Stammtafel.)

1885. XX u. 452 S. gr. 8°. Geh. M. 10,—. Geb. M. 12,—.

---

**Brandenburg-Preußens**

## Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung

dargestellt im Wirken seiner Landesfürsten und obersten Justizbeamten.

1888. Zwei Bände. 80 Bogen. gr. 8°. Geheftet M. 22,—. Gebunden M. 26,—.

---

## Fünfzehn Vorträge

aus der

## Brandenburgisch-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte.

1889. VI u. 182 S. gr. 8°. Geh. M. 3,50. Geb. M. 4,50.

---

Deutsches Eheschließungsrecht nach amtlichen Ermittelungen als Anleitung für die Standesbeamten bearbeitet. Dritte Auflage. 1879. XXV u. 138 S. 8°. Cart. M. 2,—.

Das Eheschließungsrecht im Geltungsbereiche des Preußischen Gesetzes vom 9. März 1874. Nach amtlichen Ermittelungen als Anleitung für die Standesbeamten zusammengestellt. 1874. 4. Auflage. XII u. 89 S. u. erläuternde Stammtafel. 8°. Cart. M. 1,20.

Wiederverheirathung eines beständig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten. 1876. 80 S. 8°. Geh. M. 1,20.

Ueber das landesherrliche Ehescheidungsrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des Ehescheidungsrechtes und zur Interpretation der neuern Reichsgesetzgebung. 1891. 104 S. gr. 8°. Geh. M. 2,—.

---

Die Vorschriften über die Ausbildung der Juristen in Preußen. Zusammengestellt in der vom 1. Oktober 1891 an geltenden Fassung. Mit Anmerkungen. 1891. IV u. 36 S. Cart. M. 0,50.

---

## Ueber Proberelationen.

**Eine Mittheilung aus der Justizprüfungskommission.**

Zweite vermehrte Auflage.

1892. 96 S. gr. 8°. Geheftet M. 1,60.

# Schulung für die civilistische Praxis

von

**Adolf Stölzel.**

1.



Berlin, 1894.
Verlag von Franz Vahlen.
W., Mohrenstraße 13/14.

Unseren jungen Juristen

und

ihren Berathern.

# Vorwort.

Die nachfolgenden Blätter sind nach Stenogrammen aus einer öffentlichen zweistündigen Vorlesung entstanden, die ich im Winter 1893 bis 1894 an der hiesigen Universität hielt. Ein aus Gerichtsakten entlehnter Prozeßstoff wurde den Zuhörern allwöchentlich in Druckexemplaren mitgetheilt und dann besprochen. Dieser Prozeßstoff ist hier in einem getrennten Heftchen beigefügt, damit der Leser ihn bei der Verfolgung des einzelnen Falles vor sich hat.

Die Form des mündlichen Vortrages ist möglichst beibehalten. In beschränktem Maße wurde mit den Zuhörern konversatorisch verhandelt; das mußte im Drucke bis auf geringe Spuren verschwinden.

Einzelne Quellen- und Literaturnachweise sind in Anmerkungen nachgetragen, um den Text nutzbarer zu machen.

Berlin, im September 1894.

A. Stölzel.

# Inhalts-Uebersicht.

## 5. Rechtsfall I, Schluß (S. 95—121).



## 6. Rechtsfall II (S. 122—146).



## 7. Rechtsfall II, IIIa (S. 147—171).



## 8. Rechtsfall IIIa, IIIb (S. 172—192).



## 9. Rechtsfall IIIc, IIId (S. 193—214).

## 10. Rechtsfall III e (S. 215—228).



## 11. Rechtsfall IV (S. 229—254).



## 12. Zum Säkulartag des Preuß. Allg. Landrechts (S. 255—272).

## Berichtigungen.

Seite 101 am Schlusse der zweiten Anmerkung ist zu lesen:
Nr. 16 statt Nr. 15.

Seite 112 Zeile 20 von oben ist zu lesen:
leugnet Beklagter unter Eidesannahme, daß . . . statt: leugnet Beklagter daß . . .

Seite 246 am Schlusse der dritten Anmerkung ist zu lesen:
Art. 86 statt § 86.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Berichtigungen.

[illegible]

# 1.[1])

Meine Herren, Ihr freundlicher Empfang, Ihr zahlreiches Erscheinen sit nobis omen! Und wir können zu unserem Unternehmen ein gutes Omen gebrauchen; denn es ist ein Versuch, von dem noch nicht feststeht, ob er zu irgend welchem Ziele führt.

Seit mir vor einigen Jahren die ehrenvolle Befugniß ertheilt worden ist, hier vor Sie zu treten, habe ich von dieser Befugniß bislang nur einmal Gebrauch gemacht; es war dies im Winter 1887 auf 1888. Damals hatte ich mir einige Kapitel der preußischen vorlandrechtlichen Rechtsgeschichte zum Gegenstand gewählt, weil ich der Meinung war, hierdurch etwas auf das Interesse an dem juristischen Studium, auf die Liebe zum juristischen Berufe einwirken zu können. Wenn das, was die juristische Wissenschaft und Praxis vor ihnen ausbreitet, als ein ährenbestandenes Feld erscheint, so sehen Einzelne in dem, was von der Rechtsgeschichte gezeitigt wird, vielleicht nur Unkraut oder höchstens eine schöne, an sich aber wenig schätzbare Feldblume. So aber steht die Sache in Wahrheit nicht; auch für die Praxis, auch für das, was wir hier miteinander verhandeln wollen, hat die Rechtsgeschichte ihre entschiedene Bedeutung. Als im Jahre 1748, also zu einer Zeit, wo von Rechtsgeschichte im heutigen Sinne des Wortes noch keinerlei Rede war, Friedrich der Große seine bekannte „Dissertation sur les raisons d'établir et d'abroger les lois“ schrieb, stellte er an die Spitze dieser einzigen juristischen Schrift, die er verfaßt hat, ja dieser einzigen juristischen Schrift, die vielleicht überhaupt ein König verfaßt hat, den Satz: „Wer eine genaue Kenntniß der Art gewinnen will, wie man Gesetze geben oder abschaffen muß, kann sie nur aus der Geschichte schöpfen.“

---

[1]) Die in der Sonntagsbeilage der Vossischen Zeitung vom 5. Nov. 1893 und danach in den Hochschulnachrichten Nr. 39 S. 9 ff. enthaltene auszugsweise Mittheilung dieses Vortrags giebt das Wesentliche — offenbar stenographisch nachgeschrieben — bis auf einige Versehen gut wieder; die Mittheilung ist indeß ohne mein Wissen erfolgt.

Seit den letzten Jahren ist nun, was namentlich unsere vaterländische Rechtsgeschichte angeht, manches in Wort und Schrift geschehen. Zu meiner Freude finde ich auch in unserem Universitätskatalog Vorlesungen über Brandenburgisch-Preußische Rechtsgeschichte für dieses Semester angezeigt. Ein leichtes Kräuseln der Wellen auf diesem Gebiete ist also zu bemerken. Ich kann Ihnen nur empfehlen, daran nicht theilnahmlos vorüberzugehen.

Was uns gegenwärtig beschäftigen soll, liegt aber auf anderem Gebiete. Es handelt sich jetzt darum, nutzbar zu machen, was in einer langen Praxis mir entgegengetreten ist, und zwar dies nutzbar zu machen sowohl für das Rechtsstudium, als für angehende junge Praktiker. Ich weiß, daß das ein schwieriges Unternehmen ist, daß ihm manche Bedenken entgegenstehen. Einige dieser Bedenken lassen Sie mich kurz berühren.

Es kann nicht ausbleiben, daß wir hier und da mit Mängeln uns beschäftigen, die hervortreten; daß wir genöthigt sind, hier und da Schäden aufzudecken. Damit erscheinen wir unter der Firma von Kritikern, möglicherweise auch von Tadlern, und tadeln wie kritisiren ist keine angenehme Beschäftigung. Immerhin dürfen wir uns aber doch der Wahrheit nicht verschließen, und nur wenn wir versuchen, da, wo Schäden oder Mängel sind, sie zu erkennen, sind wir in der Lage, ihnen Abhilfe zu verschaffen.

Sodann aber steht mir als abschreckend in gewissem Sinne der bekannte Horazische laudator temporis acti vor der Seele, ein laudator, der auch bereits in die deutschen Schulbücher übergegangen ist; denn Sie haben einst gewiß in Ihrem Plötz gelesen: „Jeder Greis lobt seine Jugend und behauptet, daß sie besser gewesen sei als die Gegenwart." Gerade aber der, welcher sich mit der Geschichte beschäftigt, erkennt, daß ein fortwährendes Fortschreiten auf allen Gebieten der Wissenschaft stattfindet. Niemand wird leugnen, daß auch in der Jurisprudenz ein außerordentliches Fortschreiten, wenn man auf hundert oder fünfzig Jahre zurückblickt, bemerkbar ist. Es fällt mir in keiner Weise ein, zu denen mich zu rechnen, die in dieser Beziehung laudatores temporis acti sind. Gleichwohl finden sich auch in der alten Zeit Dinge, die verdient hätten, erhalten worden zu sein, während sie im Laufe der Zeit verschwunden sind. Dieses Gute der alten Zeit, welches erhalten werden kann und, wie wir uns vielleicht überzeugen werden, recht zweckmäßig erhalten wird, das wollen wir pflegen.

Es ist auch keineswegs meine Absicht, den Arbeitsstoff der jungen Juristen, der in meinen Augen schon ein außerordentlich großer ist, noch irgendwie zu vermehren, größere Ansprüche an Sie nach dieser und jener Richtung hin zu stellen. Im Gegentheil, ich will versuchen, Erleichterung zu schaffen, Nachhilfe zu gewähren, die Ziele auf einfacherem Wege zu erreichen, als sie jetzt erreicht zu werden pflegen.

Nun ist auch noch ein drittes Bedenken, welches ich erst aus dem Wege räumen möchte; das betrifft meine eigene Person. Am liebsten würde ich diese gänzlich zurücktreten lassen, jedoch habe ich mich überzeugt, daß ich eine Reihe von Dingen vorführen muß, über die ich mich nur selbst als Zeuge benennen kann. Ich bitte also, wenn dies geschieht, mich in diesem Punkte lediglich anzusehen als einen Dritten, als einen Zeugen, den Sie hören über zum Theil vergangene Dinge.

Das Bedürfniß aber, welches ich empfinde, vor Ihnen Gelegenheit zu haben, mich auszusprechen, fühle ich, meine Herren, in Ihrem eigenen Interesse, nicht weniger freilich auch in dem meinigen. Vielleicht gestatten Sie dem Alter den Vorrang und erlauben mir also zunächst das Bedürfniß darzulegen, das ich empfinde.

Mehrere zwanzig Jahre beschäftige ich mich mit dem Prüfungswesen, theils in der ersten juristischen Prüfung, theils in der zweiten. Die Zahl der Kandidaten, die vor meinem Auge vorübergegangen sind, steht jetzt in der Mitte etwa zwischen 5000 und 6000; die schriftlichen Arbeiten, die mir bekannt geworden sind, erreichen also ungefähr die doppelte Zahl. Sie werden zugeben, daß bei diesem Zustand der Dinge eine gewisse Erfahrung sich von selber mir aufgedrängt haben muß.

Was die erste juristische Prüfung betrifft, so stehen mir ja die Herren, die diese ablegen, gegenwärtig ferner, aber ich kann nicht leugnen, daß auch in der zweiten Prüfung merkbar wird, wie öfter prinzipielle Fragen verfehlt werden, von denen wir Examinatoren uns sagen müssen, das könnte nicht vorkommen, wenn der betreffende Kandidat seine Universitätszeit ordnungsgemäß ausgenutzt hätte.

Ueber den Fleiß der Studirenden im Ganzen und Großen habe ich kein Urtheil. Diejenigen Studirenden aber, die ich als fleißige kenne, sind, das bezeuge ich sehr gerne, jedenfalls fleißiger, als die fleißigen Studenten zu meiner Zeit.

Das folgt schon aus der Natur der Sache; denn der Arbeitsstoff ist im Laufe der Zeit ein unendlich größerer geworden, die Herren haben also viel mehr zu überwinden an positiven Dingen, als wir weiland zu überwinden hatten.

Was die Kandidaten der zweiten Prüfung betrifft, so wäre es höchst unbillig von mir, wenn ich nicht anerkennen wollte, daß unter ihnen im Ganzen und Großen ein außerordentlicher Fleiß sich kundgiebt. Die Unfleißigen gehören zu den Seltenheiten. Aber nach einer anderen Richtung hin zeigt sich ein Mangel, und dieser ist mir von Anfang an, als ich in diese Arbeitssphäre eintrat, entgegengetreten. Der Mangel besteht darin, daß die Arbeiten erkennen lassen: es wird den Kandidaten außerordentlich schwer, den springenden Punkt bei Entscheidung praktischer Rechtsfragen zu finden, gerade und direkt auf das Ziel loszugehen, in methodischer Weise die Ausführungen zu ordnen und logisch Schritt vor Schritt den richtigen Weg zu wandeln. Lassen Sie mich das Ihnen an zwei Beispielen aus meiner Praxis klar machen.

Zu besserer Veranschaulichung wollen wir etwas unsere Zeichenkunst zu Hülfe nehmen. Auf eine horizontale Grundlinie stellen wir zwei Pfeiler, welche ein durch ein Dreieck dargestelltes Dach tragen. Dies Gebäude soll eine Klage vorstellen. Jede Klage ist ein logischer Aufbau, der in einer Spitze ausgeht, in einen Antrag. Der Antrag wird durch Thatsachen gestützt, die in der Klage enthalten sind. Nehmen wir an, A. fordert von B. 100 Mk., weil er an B. irgend einen Gegenstand, sagen wir, eine Vase käuflich geliefert hat, so wäre das Ziel des A., wenn er den B. verklagt: A. will 100 Mk. erhalten; das ist die Krönung, die Spitze des Gebäudes. Das Gebäude ruht auf den Pfeilern 1 und 2, von denen der Pfeiler 1 die Thatsache der Kaufabrede, der Pfeiler 2 die Thatsache der Ueberlieferung des verkauften Gegenstandes bedeutet. Wenn es richtig ist, daß A. die Vase für 100 Mk. verkauft und an B. geliefert hat, so ist durch die Pfeiler 1 + 2 der Antrag genügend gestützt. Jetzt kommt B., der Beklagte, und sagt: von dem Allen ist kein Wort wahr. Was geschieht nun? Da sagt das Recht: dann muß A. dem Richter die Ueberzeugung verschaffen, daß sowohl die Thatsache 1, wie die Thatsache 2 der Wahrheit entspricht; 1 und 2 müssen von dem Kläger „bewiesen" werden, damit der Schluß gerechtfertigt ist, daß der Kläger 100 Mk. zu erhalten hat. Eine Art, den Beweis zu führen,

ist, daß der Kläger dem Beklagten den Eid zuschiebt. Das Recht läßt nicht zu, daß A. seinerseits ohne weiteres sagt: „ich will es beschwören, daß ich verkauft und daß ich geliefert habe" (dann würde er ja durch seinen eigenen Eid sich die ausreichende Grundlage für seinen Anspruch verschaffen), sondern das Recht giebt ihm nur die Befugniß, von seinem Gegner den Eid darüber zu verlangen, daß es nicht wahr sei, was er, der Kläger, behauptet hat. Deshalb schiebt A. dem B. den Eid über die Thatsache 1 und über die Thatsache 2 zu.

Der Kandidat, dem dieser Fall zur Bearbeitung und Entscheidung mitgetheilt war, — ich habe ihn natürlich erheblich vereinfacht, so lag der Fall nicht ganz, aber doch im Wesentlichen, — kam dahin, von B. den Eid zu verlangen, daß er von A. die Vase nicht gekauft und nicht überliefert erhalten habe. Diese Entscheidung enthält einen Fehler, und zwar einen recht groben Fehler. Es ist ein Fehler der Logik, des gesunden Urtheils; denn wenn nur einer der beiden Pfeiler zerstört wird, die den Antrag stützen, so ist klar, daß der Bau, die Klage, zusammenstürzen muß. Mit Unrecht ist von B. verlangt, daß er beschwöre: „ich habe nicht gekauft, und ich habe nicht überliefert erhalten"; es genügt, wenn er beschwört: „ich habe nicht gekauft", oder wenn er schwört: „ich habe nicht geliefert erhalten".

Der Kandidat, der diese Arbeit lieferte, war ein tüchtiger Kandidat, er hatte ganz erfreuliche Zeugnisse, er leistete recht Befriedigendes in der mündlichen Prüfung, und es ergab sich, daß er volle Urtheilsfähigkeit besaß. Die Prüfungskommission kam deshalb zu dem Gesammtresultat, es könne die Prüfung noch als bestanden angenommen werden. Nach der Prüfung besprach ich mit dem Kandidaten den Fall, setzte ihm die Sache auseinander, und sofort zog es wie ein Leuchten über sein ganzes Gesicht; er sagte: „das ist richtig; ich sehe meinen Fehler ein; das habe ich aber in meinem Leben noch nicht gehört. Wo kann ich darüber etwas nachlesen?" Ich erwiderte: „das muß in Ihrem Kopfe stehen, die Logik muß Ihnen das lehren, darüber giebt es keine Bücher und keine Kollegien".[1])

---

[1]) Dieser Fall gab Anlaß zu der Bemerkung im Jahresbericht des Präsidenten der Justizprüfungskommission vom 9. Januar 1893 (Justiz-Min.Bl. von 1893 S. 30): ein Kandidat habe den groben Denkfehler begangen, die eidliche Verneinung zweier kumulativ zu beweisenden Klagthatsachen vom Beklagten in kumulativer (statt in alternativer) Fassung zu verlangen. — Wie

Und nun der zweite Fall. Sie wissen, es ist ein ganz übliches Manöver, daß schlechte Schuldner ihre Vermögensobjekte, um sie den Gläubigern zu entziehen, an Dritte veräußern. Also nehmen wir an, der Besitzer eines Pianinos, welcher weiß, daß dieses gepfändet werden soll, verkauft es. Sie werden fühlen, daß das Recht Mittel erzeugen muß, um dem entgegenzutreten. Es sind Klagen gegeben, welche dem bei der Sache interessirten Gläubiger das Recht gewähren, den Kaufvertrag anzufechten und dieses Pianino wieder in das Vermögen des Schuldners zurückzuschaffen, so daß es nunmehr dem Schuldner abgepfändet werden kann. Das Ziel der Klage ist hier die Pfändung des Pianinos. Die Klage wird erstens wiederum gestützt durch die Behauptung, daß ein Kauf vereinbart worden sei, durch welchen das Pianino an den Dritten gelangt ist; zweitens aber erfordert das Recht, daß Verkäufer und Käufer den Vertrag geschlossen haben, um den Gläubiger zu schädigen, zu hintergehen. Das heißt, das Recht erfordert eine fraus der Betheiligten. Das Gebäude dieser Klage stützt sich also, um in obigem Bilde zu bleiben, auf die zwei Pfeiler: Kauf und Schädigungsabsicht (fraus). Aber es kommt auch häufig vor, daß solche Kaufverträge überhaupt nicht ernstlich gemeint sind: „ich verkaufe dir das Pianino," sagt der Schuldner zum Dritten, „aber nur formell, der Kauf soll nichts gelten; der Kauf soll ein Scheinkauf sein."

Es findet demnach der Antrag auf Rücklieferung des Pianinos auch möglicherweise seine Stütze durch die beiden Thatsachen: Kaufabrede und Scheinabrede, wie er seine Stütze fand durch die beiden Thatsachen: Kaufabrede und Schädigungsabsicht. Stellen wir wiederum das Gebäude dieser Klage (deren sonstige Erfordernisse ich der Vereinfachung halber bei Seite lasse) durch eine Zeichnung dar, so wird das Dach, der Klagantrag, hier von dem Pfeiler Kaufabrede und

gering aber selbst bei angesehenen Praktikern das Verständniß ist, daß unsern jungen Juristen das Auge für die Erkenntniß derartiger Fehler möglichst früh geöffnet werden muß, beweist eine Bemerkung, die ein namhafter Jurist an jene Ausführung des Jahresberichts knüpft. Er meint, den jungen Juristen würde der logische Satz auf böse Abwege führen, wenn mechanisch jede ein „und" enthaltende Behauptung unter jene Regel gestellt würde ohne Erwägung, ob es sich um zwei selbständig neben einander stehende Thatsachen handle. — Als wäre „jede ein und enthaltende Behauptung" dasselbe wie zwei zur Stütze eines Klaganspruchs für erforderlich gehaltene kumulative Beweissätze!

entweder von dem weitern Pfeiler fraus oder von dem weitern Pfeiler Scheinabrede getragen.

Nun hielt es der Kläger, der diese Klage anstellte, für zweckmäßig, beide letzteren Behauptungen in die Klage aufzunehmen. Also der Kläger sagte: „erstens will ich geltend machen, der Vertrag war ein Scheinvertrag; aber ich will auch zweitens, wenn das nicht der Fall sein sollte, weiter geltend machen: ihr habt mich betrügen wollen.“

Der Beklagte entgegnete: „daß der Vertrag ein Scheinvertrag sei, das bestreite ich. Die Thatsachen jedoch, die der Kläger angiebt, um daraus zu schließen, wir hätten betrogen, kann ich nicht bestreiten; aber ich wende ein: diese Thatsachen rechtfertigen nicht den Schluß, daß ein Betrug vorliegt; also, wenn sie auch wahr sind, stützen sie die Klage nicht.“

Kläger benannte Zeugen, um den Vertrag als Scheinvertrag zu beweisen. Der Richter hörte die Zeugen ab über die Frage, ob ein Scheinvertrag geschlossen sei, und kam zu dem Resultat: der Scheinvertrag ist nicht bewiesen. Daraus folgt, daß die Klage fällt, soweit sie sich auf die Thatsachen der Kaufabrede und der Scheinabrede stützt; denn der Pfeiler, welcher die Scheinabrede darstellt, ist hinweggenommen. Es bleibt aber noch der Pfeiler, welcher die fraus darstellt, und dieser Pfeiler zusammengenommen mit dem Pfeiler der Kaufabrede genügt, um den Klaganspruch begründet erscheinen zu lassen; denn die zur Darlegung des Betrugs behaupteten Thatsachen rechtfertigen den Schluß, es liege Betrug vor. Somit gelangte der Richter dahin, daß er dem Klagantrag nachgab und nunmehr den Beklagten zur Herausgabe des Pianinos verurtheilte.

Dieses ganze Verfahren des Richters enthält einen Fehler, und zwar wiederum einen groben Fehler. Der Richter durfte nicht über die Thatsache der Scheinabrede Zeugen vernehmen, er durfte nicht den Beweis des Klägers verlangen, daß die Scheinabrede getroffen sei; denn ihm mußte genügen, daß die fraus feststand, ohne daß es des Beweises bedurfte. Es ist ein Fehler in der Prozeßleitung, wenn man unnütze Beweise erhebt, den Prozeß vertheuert, verlängert, Zeugen zu Eiden, die nicht nöthig sind, veranlaßt.

Also auch dieser Kandidat hatte einen Fehler gemacht; es war aber ein Kandidat, der die erste Prüfung gut bestanden hatte. Er leistete in den anderen Theilen der zweiten Prüfung Gutes und er

bestand sie im Ganzen, allerdings nicht mit dem Prädikate gut, das er an sich wohl berechtigt gewesen wäre zu erhoffen.

Wenn solche Fehler vorkommen, so muß es uns in der Prüfungskommission nahe liegen zu sagen: wüßten die Kandidaten doch solche Dinge vorher, ehe sie in die Prüfung gehen! Und mir selber ist diese Bemerkung mannigfach von Solchen zu Ohren gekommen, denen ich nachträglich Auskunft über die Fehler gab, die sie gemacht hatten.

Sie werden mir einräumen, wenn diese Dinge alsbald beim Eintritt in die juristische Laufbahn und zwar nicht bloß in den juristischen Vorbereitungsdienst, sondern bereits in das Universitätsstudium den jungen Juristen ins Blut hineingeführt werden, so müssen sie ganz von selbst in den künftigen Lebensberuf übergehen. Es ist ferner klar, daß wir Examinatoren dann des peinlichen Gefühls überhoben würden: wie kann ein sonst wohl bezeugter, verständiger Mann mit solchen Fehlern vor die Prüfungskommission treten?

Sie sehen also, meine Herren, das Bedürfniß, welches ich selbst empfinde, beruht in Wahrheit auf reinem Egoismus. Ich wünsche, daß wir, die Examinatoren, nach manchen Richtungen hin bessere Resultate erzielen.

Diese nämlichen Fehler finden sich aber ganz naturgemäß in der Praxis. Nehmen Sie an, die beiden Kandidaten, die ich beispielsweise erwähnt habe, wären nicht von mir auf ihre Fehler aufmerksam gemacht worden, so wären sie mit den Fehlern in die Praxis eingetreten und würden in allen analogen, gewiß recht zahlreichen Fällen wahrscheinlich immer wieder in denselben Fehler verfallen sein; denn sie mußten sich sagen: „meine Prüfungsarbeit ist für genügend erachtet worden, folglich kann ich doch nicht annehmen, daß sie fehlerhaft war; wie ich verfahren bin, war jedenfalls richtig; ich verfahre in der Praxis fernerhin ebenso.“ In der That begegnen wir auch in der Praxis solchen Beispielen von fehlgreifenden Erkenntnissen. Das soll kein Tadel im Großen und Ganzen für die Praxis sein. Wo wäre bei einer so unendlichen Masse von Arbeit und Aufgaben, die den praktischen Juristen entgegentreten, die Möglichkeit gegeben, fehlerlos zu verfahren? Mir persönlich treten aber solche Fehler besonders schroff entgegen, weil ich in einer Praxis erzogen bin, in welcher vermuthlich zwar auch Fehler gemacht worden sind, nur aber gerade diese Fehler nicht. Die ersten zwanzig Jahre

meiner amtlichen Thätigkeit habe ich im ehemaligen Kurhessen verlebt. Die Herren, die mit der gemeinrechtlichen Jurisprudenz bereits vertraut sind, werden wissen, daß die hessische Rechtsliteratur und Rechtsprechung eine ziemlich große Bedeutung für die Entwickelung der gemeinrechtlichen Praxis überhaupt gehabt hat. Wer Seuffert's Archiv kennt, wird staunend gefunden haben, wieviel ihm darin Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Kassel begegnen. Die Pfeiffer'schen praktischen Ausführungen, die Strippelmann'schen Entscheidungen, die Heuser'schen Annalen haben noch jetzt weit über den engen Kreis des Landes Hessen hinaus Werth. Eine ganze Reihe auch wissenschaftlich namhafter Männer saßen damals in den Kollegien. Ich nenne Ihnen die Namen Bähr, Büff, Martin, von Meibom, Endemann; Hessen sind auch Zimmermann und Wetzell. Als im Jahre 1879 das Reichsgericht in Leipzig eröffnet wurde, saßen darin sechs ehemalige Kurhessen, d. h. verhältnißmäßig mehr als aus irgend einem anderen deutschen Landestheil; der Bevölkerungszahl nach wäre auf das ehemalige Kurhessen etwa ein halber Reichsgerichtsrath entfallen.

Denken Sie sich einen Hausbesitzer, der vor seinem Hause ein kleines Gärtchen von zwei Quadratmetern hat, und einen anderen Hausbesitzer, der vor seinem Hause einige Morgen Land hat, das er als Garten verwendet. Der eine wie der andere halten jeder einen Gärtner für dieses ihr Gartenland: es wird Ihnen erklärlich sein, daß derjenige Gärtner, der die zwei Quadratmeter Land zu besorgen hat, für jedes Pflänzchen ganz anders sorgen kann, wie der Gärtner, der zwei Morgen Land unter sich hat; jedes Steinchen wird er aus dem Wege räumen. So war das Verhältniß der Besetzung der Aemter in dem kleinen Kurhessen und in manchem anderen Kleinstaate. Was wir da trieben, möchte ich eine Art von Luxus-Jurisprudenz nennen. So wird sie nie wiederkehren. Wesentlich anders liegen die Verhältnisse im Großstaate. Was dort in Wochen zu erledigen war, das erledigen hier die großen Kollegien vielleicht an einem Tage. Als Anfangs der sechziger Jahre die Absicht bestand, in Hessen eine neue Civilprozeßordnung einzuführen, langte die Wundermähr dorthin, in Berlin existire ein Gericht, das Kammergericht, da würden in jedem Senate acht Civilsachen an einem Morgen erledigt und entschieden. Einer der hessischen Richter beschloß in seinem eigenen Interesse einmal nach Berlin zu reisen und zu sehen, ob denn das wirklich

wahr wäre. Und in der That, er kam zurück und sagte: „ja, ich habe es erlebt, es sind acht Sachen an einem Morgen, und zwar ganz vernünftig und ganz praktisch erledigt worden." Sie werden aber zugeben, daß die jungen Juristen bei der Art, wie in Hessen mit Bedächtigkeit und Gründlichkeit nach allen Richtungen hin die Sachen geprüft und erwogen und diskutirt wurden, eher Gelegenheit hatten, sich in die Praxis hineinzuarbeiten. Jedes Mitglied hielt es für ein nobile officium, sich eingehend über die Sache auszusprechen. Und wenn das so tüchtige und namhafte Männer thaten, wie ich sie Ihnen genannt habe, so war das für die jungen Leute gewiß eine Schule ersten Ranges.

Für uns ist seit 1879 der neue Reichsprozeß eingeführt worden, der dem geschulten und verständigen Richter eine ganze Zahl von Erleichterungen und praktischen Vortheilen gewährt, der aber vermöge der Freiheit, die er sowohl den Parteien, wie dem Richter einräumt, zweifellos auch die Möglichkeit in sich birgt, daß der Rechtsstreit leichter als früher in schiefe Geleise geräth.

Das Wort, das hier und da gehört wird, „unsere heutige Judikatur befinde sich im Niedergang", möchte ich zögern zu unterschreiben; aber ob ein vorsichtig und weit blickendes Auge nach der Entwickelung, welche die Dinge allmählich genommen haben, nicht hier und da eine Gefahr des Niedergangs sieht, das ist eine andere Frage. Jedenfalls spreche ich aus: in mancher Beziehung kann es besser werden, und es kann ohne große Schwierigkeiten besser werden; deshalb, meine Herren, muß es besser werden.

Aber wahrscheinlich halten mir die Herren Studirenden unter uns entgegen: „was sollen wir mit allen diesen Dingen? Sollen wir helfen, bessernde Hand an die Praxis zu legen, wir, die wir eben erst in die Theorie einzudringen versuchen und an ihr ein genügendes Maß von Arbeit und Schwierigkeiten finden?"

Damit wende ich mich zu dem Nachweise, daß auch die Jüngsten unter Ihnen in ihrem eigenen Interesse das Bedürfniß empfinden müssen, nach diesen Richtungen hin helfend mit Hand anzulegen. Vom ersten Tage des Eintritts in das juristische Studium halte ich eine verständige Vermählung dieses Studiums mit der Praxis des täglichen Lebens für höchst erwünscht und gewinnbringend.

Wie wird denn heutzutage bei uns Jemand Jurist? Ich möchte behaupten, die große Mehrzahl, wenn ich so sagen darf, auf rein

negativem Wege. Wer bringt aus seiner Gymnasialzeit auf die Universität eine Begeisterung für die Jurisprudenz mit sich? Wo sollte die Begeisterung herkommen? Er weiß ja gar nicht, was sein juristischer Beruf ihm demnächst bringen wird. Höchstens hat er einmal in jungen Jahren einer Schwurgerichtsverhandlung beigewohnt, vielleicht mit regstem Interesse; aber gerade, was er da gehört und gesehen, mag psychologisch, anthropologisch, menschlich für ihn sehr anregend gewesen sein — für die Frage, ob er sich für die Jurisprudenz eigene, ist es wenig entscheidend. Bei Vielen spielt der bekannte Vers dann auch noch mit: „dat Justinianus honores.“ Als ich mich für meinen Beruf entscheiden sollte, da war mir zunächst feststehend, ich wollte auf die Universität gehen. Theologie mochte ich nicht studiren, Medizin noch weniger, Philologie war mir auch nicht gerade erwünscht, da blieb der Jurist übrig, zumal, da eine ganze Reihe von Vorfahren in demselben Berufe gestanden hatten. Ich fragte einen älteren, sehr verständigen Richter um Rath, und der sagte mir: „eine direkte Beziehung zwischen dem, was Sie bisher betrieben haben, und dem, was sie demnächst treiben werden, besteht allerdings nicht; ich bin deswegen immer der Meinung gewesen, wenn Jemand sich für Geschichte und für Mathematik besonders interessirt, wenn er dafür eine Anlage hat, dann ist das ein Fingerzeig, daß er aller Wahrscheinlichkeit nach auch in der Juristerei Befriedigung findet.“ Das stimmt ganz gut zusammen mit dem, was Leibnitz einmal gesagt hat: „Die Mathematiker rechnen mit Zahlen, die Juristen rechnen mit Begriffen.“ Als ich meine ersten beiden Universitätssemester absolvirte, da kann ich nicht anders sagen, als daß es mir wie ein Mühlrad im Kopfe herum ging. Ich behauptete nicht mit dem Famulus: „zwar weiß ich viel, doch möcht' ich Alles wissen“, aber ich hätte doch gern Einiges von dem, was ich gehört, gewußt und verstanden. Ich hatte einen recht tüchtigen Lehrer der Institutionen, den zu verehren, ich allen Anlaß habe, und den ich in späteren Jahren immer höher schätzen lernte; er war so gütig, allwöchentlich seine Institutionisten, — wir waren sechszehn an der Zahl, — zu Hause bei sich Abends zu vereinigen und mit ihnen über das zu reden, was in der Vorlesung erörtert war. Ich muß offen bekennen, daß ich immer mit einer gewissen Bangigkeit hingegangen bin. Soviel ich auch in der Vorlesung zugegen war, und soviel ich mich damit beschäftigte, die Stellen, die

mir aus dem Corpus juris genannt wurden, auszuschreiben, zu übersetzen und verstehen zu lernen: einen Einblick in das, was mir bevorstände, gewann ich leider nicht.

In Hessen wurde alsbald nach dem ersten Fakultätsexamen das praktische Examen, die heutige zweite Prüfung, gemacht. Zu diesem Zweck mußten sich schon die Studirenden damit befassen, wie man praktische Fragen behandle, wie man Relationen anfertige. Ich hatte einen älteren Kommilitonen, der mir bisweilen erzählte, daß er Relationen anfertige. Eines Tages bat ich ihn: „gieb mir doch nur einmal einen Begriff: was ist denn eigentlich eine Relation?" Er lächelte und sagte: „das wirst Du schon später erfahren." Er selber aber konnte mir keine Erklärung geben.

Heutzutage hören wir sowohl von Studirenden häufige Klagen über das, was in den ersten Semestern ihnen entgegentritt, wie Klagen der Lehrer darüber, daß die Studirenden das, was ihnen auf der Universität geboten wird, nicht so ausnutzen, als sie es wohl könnten; und die Dritten, die weder Hörer noch Lehrer sind, die klagen erst recht über die Juristen. Wenn mir dann ein Plakat vor die Augen kommt, welches, unterschrieben von einem jüngeren Juristen, verspricht, binnen acht Monaten denjenigen, der auch gar noch nichts von der Jurisprudenz wisse, sicher so vorzubereiten, daß er die erste Prüfung bestehe, so kann ich nichts anderes sagen, als „der Vorschlag macht mich lachen." Die Jurisprudenz ist ein so ungeheures Gebiet, daß von einer auch nur nothdürftigsten Bekanntschaft mit derselben, die man in acht Monaten zu verlangen im Stande wäre, gar keine Rede sein kann. Ob es wirklich möglich sein sollte, innerhalb einer solchen oder ähnlich kurzen Zeit so gedrillt zu werden, daß es gelänge, sich unter besonderen Glückszufällen oder Umständen durch die erste Prüfung hindurchzuschlängeln, weiß ich nicht. Ist es aber möglich, so können sie überzeugt sein, meine Herren, wem das gelungen ist, der hinkt als ein lahmer Jurist durch sein ganzes Leben, er bleibt ein Krüppel und gesundet nicht in seinem Berufe; er hat nicht die unerläßliche Vorbildung, um sich zurechtzufinden. Ein Nachholen dessen, was man drei Jahre lang versäumt hat, giebt es im Menschenleben nicht. Ich beschäftige mich 44 Jahre lang mit der Jurisprudenz; es fällt mir nicht ein zu denken, ich habe ausgelernt; alle Tage lerne ich etwas Neues. Der Stoff ist so massenhaft und stetig in solcher Bewegung, daß wohl gesagt werden kann, im

ganzen preußischen Staate existirt nicht ein einziger Jurist, der sämmtliche Gesetze vollständig beherrschen könnte, ja, es existirt nicht ein einziger, der auch nur in den drei Rechtsgebieten, die der preußische Staat umfaßt, im landrechtlichen, gemeinrechtlichen und französisch-rechtlichen genügend bewandert wäre oder überhaupt bewandert sein könnte.

Die Aufgabe der Universitäten ist es nun, diese Stoffe in systematischer Zusammenfassung Ihnen Allen zuzuführen. Ueberhaupt ist den Universitäten eine dreifache Aufgabe gestellt. Zunächst sollen sie in ihren Lehrern und in deren Geistesprodukten und Arbeiten die Wissenschaft erhalten, entwickeln und fördern. Was in diesem Punkte unsere deutschen Universitäten leisten, das steht über allem Zweifel erhaben; sie dürfen in den Wettbewerb eintreten mit allen Universitäten der Welt.

Eine zweite Aufgabe der Universitäten ist, daß sie den Jüngling zum Mann heranreifen lassen, daß sie seinen Charakter stählen, ihn ausbilden, daß sie ihm die Selbständigkeit verleihen sollen, die er bis dahin noch nicht gehabt hat. In diesem Punkte hat im Laufe der Zeit vielleicht auf die Wirksamkeit der Universitäten etwas mindernd die größere Zahl der Studirenden an den einzelnen Hochschulen und die Größe der Städte eingewirkt, in denen sich Hochschulen befinden. Dadurch wird immermehr das akademische Leben zusammengeschweißt mit dem sonstigen Leben der Großstadt; es verliert seinen rein akademischen Hauch. Das kann nach gewissen Richtungen hin kaum förderlich sein. Außerdem leben wir in einer Zeit der übertriebenen und ungelösten Gegensätze, und diese machen sich hier und da wenig heilsam auch im Universitätsleben geltend. Doch dieser Punkt berührt uns hier nicht.

Die dritte und — soweit die Rechtswissenschaft in Betracht kommt — schwierigste Aufgabe aber, welche die Universitäten zu lösen haben, ist, die angehenden Juristen zu belehren, ihnen in methodisch klarer, ansprechender Weise den Rechtsstoff vorzuführen, mit dem sie künftig arbeiten sollen. In dieser Beziehung werden die meisten Klagen laut, und wenn ich an die Zeit zurückdenke, als ich auf der Universität war, so wurde zwar damals zweifellos auch vielfach der Kollegienbesuch unterbrochen; aber eins ist mir gegenwärtig aufgefallen; ich glaube, daß der Kollegienbesuch in den Augen selbst der fleißigen Studirenden und ihrer Rathgeber als Bildungsmittel weniger

geschätzt wird wie früher, und daß er sich auch insofern wesentlich abgeschwächt hat, als die Zeit der Semester gekürzt wird. Im Winter des Jahres 1888 kurz vor Schluß des Februar, fand ich zu meiner großen Verwunderung hier in der Universität am schwarzen Brett folgenden Anschlag:

„Den 1. März geht ein Extrazug nach Köln. Die Herren, die zu dem billigen Preis von X Mk. mitfahren wollen, werden gebeten, sich zu melden."

Einen solchen Anschlag hätte ich zu meiner Zeit nicht erlebt. Das hängt aber wiederum mit äußern Umständen zusammen, nämlich hier in Berlin mit der Sitte, die Wohnungen auch der Studirenden nur monatsweise zu vermiethen. In kleineren Universitäten besteht heute noch der Semestralwechsel; der Studiosus kann so lange wohnen bleiben, als das Semester währt, er kann die Wohnung beziehen mit dem Anfang des Semesters. Auch der Wechsel der Universitäten ist heute ein viel stärkerer, als er in früheren Zeiten war, und was den Schluß und den Anfang der Kollegien betrifft, so kann ich Ihnen aus früherer Zeit beispielsweise Folgendes mittheilen.

Im Sommer 1850 schlossen in Marburg der Germanist Arnold am 17., der Pandektist Büchel am 23. August; im Sommer 1852 begannen die Vorlesungen in Marburg am 16. April und endigten am 21. August. In Heidelberg las Vangerow seine Pandekten vom 15. Oktober bis 22. März, und Mittermaier schloß sein Strafrecht am 12. März, Mohl sein Staatsrecht am 13. August.

Einst war freilich die peregrinatio academica eine ziemlich allgemeine Sitte; d. h. man benutzte die Universitäten gewissermaßen nur als Reisestationen. Ein schlagendes Beispiel, in welcher Weise dies geschah, kann ich Ihnen aus einer Matrikel des Jahres 1544 mittheilen. Da fand ich, daß ein gewisser Daniel Mauch sich in diese Matrikel einschreiben ließ mit dem Bemerken: weil er (quia) ebenso eingeschrieben sei in Rom, Bologna, Pavia, Padua, Ferrara, Paris, Bordeaux, Poitiers, Orleans, Valence, Monpelliers, Köln, Löwen, Wien, Ingolstadt, Leipzig, Tübingen, Erfurt, Mainz und Heidelberg. Ob etwas Großes aus diesem Studiosus Daniel Mauch geworden ist, das weiß ich nicht. Zu den Zeiten der peregrinatio will auch jetzt gewiß Niemand zurückkehren.

Sodann besteht heutzutage unverkennbar ein gewisser Hiatus

zwischen den Vorschriften, die über die Benutzung der drei Universitätsjahre staatlicherseits gegeben sind, und der Handhabung, die diese Vorschriften finden. Rufen wir uns in's Gedächtniß zurück, daß unser Reichsgerichtsverfassungs-Gesetz ein dreijähriges Studium auf einer Universität als Vorbedingung für das erste juristische Examen verlangt. Unter diesem dreijährigen Studium ist nach den Ausführungsbestimmungen zu verstehen „ein Studium, welches durch Universitätszeugnisse nachgewiesen wird." Und zwar soll durch diese Zeugnisse nachgewiesen werden, daß das Studium so methodisch eingerichtet worden ist, daß es als ein ordnungsmäßiges Rechtsstudium angesehen werden kann. Es ist also kein Zweifel, daß die bestehenden Vorschriften den Besuch der Vorlesungen als Voraussetzung für die Zulassung zur Prüfung ansehen; denn die Zeugnisse können keinen anderen Inhalt haben, als den, daß die Vorlesungen besucht sind.

Nun kommt aber die akademische Freiheit. Wir schätzen gewiß diese Freiheit, wie jeder Universitätsangehörige, außerordentlich; sie hat unsere Universitäten auf ihre Höhe gebracht. Trotzdem folgt aber nicht aus der akademischen Freiheit, daß jeder das, was ihm freisteht, auch wirklich thut, daß er die ihm gegebene Freiheit bis auf den letzten Tropfen erschöpft. Da möchte ich Sie an das Shakspeare'sche Wort erinnern:

„So wird die Freiheit, ohne Maß gebraucht, in Zwang verkehrt....
Oh 's ist groß, des Riesen Kraft besitzen, doch tyrannisch,
Dem Riesen gleich sie brauchen".

Keine Freiheit, also auch nicht die akademische Freiheit, kann dahin führen, daß ein Zeugniß erwirkt werden dürfe, welches die Thatsache a bekundet, wenn die Thatsache b und nicht die Thatsache a der Wahrheit entspricht.

Die Einrichtung der Universitätszeugnisse, wie sie heute besteht, beruht darauf, daß man im Anfang der sechziger Jahre erkannte, es könne bei dem großen Wachsthum der Universitäten der Dozent ein Zeugniß, wie es bisher üblich war, über den Fleiß der Studirenden mit Gewissenhaftigkeit fernerhin nicht ausstellen. Diese Fleißzeugnisse waren sozusagen zu einer Farce geworden, und deshalb wurden an ihre Stelle die heutigen Testate eingeführt, d. h. man unterstellte, daß diejenigen Studirenden, die eine Universitätsvorlesung sich am Beginn der Vorlesung testiren lassen und nun am Schlusse der Vor-

lesung wieder vor das Katheder treten, um abtestiren zu lassen, damit thatsächlich die Erklärung abgeben: „diese Vorlesung haben wir gehört".

Daß hiermit die Auffassung der damals gegebenen Vorschriften übereinstimmt, ergiebt sich aus dem betreffenden Reskripte der Unterrichtsverwaltung. Unter dem 18. Februar 1865 eröffnete der Kultusminister sämmtlichen Universitäten:

„Die Beseitigung der Fleißatteste in den Anmeldebüchern und Abgangszeugnissen hat nicht die Bedeutung, als werde ferner auf den Fleiß im Besuche der Vorlesungen ein geringerer Werth gelegt als früher, die Anordnung beruht vielmehr wesentlich auf dem Vertrauen in die eigne Einsicht und sittliche Reife der Studirenden, welche sie auch bei diesem wichtigen Gegenstande ohne äußeren Antrieb das Rechte erkennen und thun lassen wird. Auch wird den Dozenten die Pflicht obliegen, thunlichst den Fleiß der Studirenden zu überwachen."

Der richtige Standpunkt des der akademischen Freiheit theilhaftigen Studirenden sollte also sein, daß er mit Stolz dieser Freiheit sich bewußt wäre und dann sich sagte: „vermöge meiner Freiheit kann ich die Vorlesung unbesucht lassen; lasse ich sie aber unbesucht, dann will ich auch der Thäter meiner Thaten sein; dann verlange ich auch selbstverständlich über die Vorlesung kein Zeugniß, als hätte ich sie besucht." Je größer die Freiheit des Einzelnen ist, desto energischer muß auch der Appell an die Gewissenhaftigkeit seines Handelns sein, wie ich dieser Tage als Motto auf einem eben erschienenen Buche las:

„Unter allen staatserhaltenden Kräften nimmt die Gewissenhaftigkeit die erste Stelle ein."

Auch in diesem Punkte — deß bin ich überzeugt — kann es ohne große Schwierigkeiten besser werden, und deshalb möchte ich auch hier sagen, es muß besser werden.

Das gute Stück Idealismus, das ich noch besitze, und das Jeder von Ihnen, meine Herren hoffentlich in weit größerem Maße besitzt, als ich, führt mich freilich nicht so weit, daß ich mir einbildete, meine wenigen schwachen Worte würden einen entscheidenden Einfluß auf den Besuch oder Nichtbesuch der Kollegien haben. Da, glaube ich, ist ein anderer Gesichtspunkt, ein mehr realer, in die Wagschale zu werfen, und dieser reale Gesichtspunkt heißt: es muß das allgemeine Bewußtsein hervorgerufen oder wieder erweckt werden, daß die Kollegien für Sie, meine Herren, von Nutzen sind, daß es

für Sie eine Nothwendigkeit ist, in Ihrem eigenen Interesse die Kollegien zu besuchen. Leider spielt auch hier wieder die Großstadt mit; denn es kann in Berlin vorkommen, daß Jemand, um ein Kolleg zu besuchen, drei Stunden braucht, und da sagt er sich, wenn ich fleißig in einem mir zusagenden Buche die betreffende Lehre studire, so glaube ich am Ende, daß ich dasselbe erreichen kann, wie durch den Kollegienbesuch.

Daß Vorträge auch über Dinge, über welche man gute belehrende Bücher besitzt, von Nutzen sein können, das ist eine Ueberzeugung, die Sie außerhalb der Universität gerade gegenwärtig in sehr vielen Kreisen finden. Sie finden kaufmännische, staatswissenschaftliche, geschichtliche wie gewerbliche Vereine, wo man das Bedürfniß fühlt, daß Vorträge gehalten werden. Es ist vielleicht nicht Allen unter Ihnen bekannt, wie in England eine sehr beachtenswerthe Bewegung seit nunmehr beinahe zwanzig Jahren sich entwickelt hat, um unter Aufwendung großer Kapitalien namhafte Universitätslehrer zu werben, damit sie auf Reisen gehen und denen, die nicht auf der Hochschule sind, Vorträge halten. Das ist the university extension movement — eine Bewegung, die seit dem Jahre 1873 von Cambridge aus eine wunderbare Lebenskraft bewiesen hat. Die Hörer zählen nach Tausenden. Seit 1876 schloß sich London, seit 1878 Oxford, seit 1883 Edinburg, seit 1885 Durham, Manchester, seit 1889 Dublin der Bewegung an. Das Ziel war, ein Studium in Naturwissenschaft, Philosophie, Geschichte, Literatur, Chemie, Geographie und auch in Mathematik neben der täglichen praktischen Beschäftigung zu betreiben. Zur Hälfte sind die Zuhörer Frauen, zur Hälfte junge Leute und Angestellte des Mittelstandes. Wahrhaft ergreifende Scenen treten aus diesen Vorlesungen uns entgegen. So wird berichtet, daß ein Arbeiter sich an den Lehrer wandte, er möge ihm zu der schriftlichen Arbeit, die er zu machen habe, noch eine Frist von acht Tagen bewilligen; seine Hände, steif von der Arbeit, seien bei dem Niederschreiben krampfhaft geworden. Arbeiter, die sich die Zeit der Vorlesungen an ihrem Lohne kürzen lassen, füllen die Hörsäle, in denen politische Oekonomie behandelt wird; Bergleute lassen sich über Nationalökonomie belehren, ein Kohlenarbeiter erringt einen ersten Preis; ein Arbeiterführer zeigt sich vertraut mit Schriften juristischen Inhaltes.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß es gerade für Juristen ganz besonders schwierig ist, anregende und fesselnde Vorträge in's

Leben zu rufen, um in ihnen das System der einzelnen Rechtsdisziplinen darzustellen. Es werden uns immer die Mediziner als Muster vorgehalten. Ja, meine Herren, die Hand auf's Herz, glauben wir denn, die Mediziner seien in der That von anderem Holz geschnitzt als wir Juristen, sie wären zum Fleiß auf der Universität geboren und die Juristen zum Unfleiß? Das ist eben der Vortheil der Mediziner, daß in ihre Kollegien von selbst das praktische Leben hineingetragen wird und hineingetragen werden muß. Deshalb können wir in dieser Beziehung die medizinischen Kollegien uns möglichst zum Vorbild nehmen, und wir können wenigstens versuchen, an ihnen zu lernen.

Daß es wünschenswerth sei, die Praxis möglichst früh in die Vorlesungen hinüberzuführen, oder sie wenigstens in einer Vorlesung neben den systematischen Vorlesungen hergehen zu lassen, dafür berufe ich mich auf einen Ihrer Kommilitonen als Zeugen. Es ist zwar ein Kommilitone ziemlich alten Datums; wir müssen um 230 Jahre zurückgreifen. Ich stelle Ihnen diesen Kommilitonen vor als den Studiosus Gottfried Wilhelm Leibnitz, der während seiner späteren Jahre im Mittelpunkte aller Wissenschaften seiner Zeit stand. In seiner Biographie sagte er von sich als Studenten, es sei ihm die Theorie bald zu leicht vorgekommen. Wir wissen von ihm, daß er sofort anfing, die Praxis mit der Theorie zu verbinden, Akten las und von einem Assessor an Beispielen die Abfassung von Rechtssprüchen kennen lernte, auch das Richteramt am meisten anziehend fand. In einer Jugendschrift aus der Universitätszeit erörterte er, daß die Jurisprudenz — entsprechend der Auffassung früherer Jahrhunderte — die allgemeine Wissenschaft sei, von der alle andern ausgingen, und in der sie sich wieder vereinen müßten. Dann folgte im Jahre 1666 die Promotionsschrift: de casibus perplexis in jure, die ungeheueres Aufsehen in der Juristenwelt erregte. Natürlich war diese Dissertation lateinisch geschrieben, wie damals alle Dissertationen. (Ueberhaupt ist, wie ich in parenthesi bemerke, das Lateinische erheblicher noch in unsere Zeit hineinragend, als Sie vielleicht glauben. In den dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts wurden z. B. in Löwen noch alle Kollegien lateinisch gelesen. Ich selbst habe meine beiden juristischen mündlichen Prüfungen in lateinischer Sprache abgelegt. Freilich will ich Ihnen noch lange nicht zumuthen und empfehlen, die Erstlingsschriften von Leibnitz zu lesen. Das würde Ihnen viel

zu viel Zeit wegnehmen. Die Latinität ist uns jetzt nicht mehr angenehm, aber etwas mehr Latinität wäre hier und da auch für uns immerhin wünschenswerth; denn wenn Jemand in der Prüfung die pecudes, welche im ersten Kapitel der lex Aquilia erwähnt werden, namhaft machen will und darunter den asinus aufzählt, oder wenn Jemand das Oralfideikommiß damit erläutert, daß er behauptet, das sei ein Fideikommiß, welches dem Erben in's Ohr gesagt wird, oder wenn sämmtliche vier Kandidaten eines ersten juristischen Examens — vor Kurzem erlebte ich das — keine Ahnung davon haben, wie die wenigen so einfachen Worte „adhuc socii sumus" zu übersetzen sind, und wenn sie keinen Weg finden können, zu enträthseln, was diese Worte bedeuten sollen, so geht das allerdings auch für den, der kein Schwärmer für die Latinität früherer Zeit ist, zu weit. Doch das nebenbei!)

Der junge Leibnitz wollte in Leipzig sein Doktorexamen machen. Nach den Statuten war das nicht möglich vor dem 21. Jahr. Deshalb reiste er, weil er erst 20 Jahre alt war und es mit der Promotion eilig hatte, von Leipzig nach der Universität Altorf, und auf dieser viertägigen Reise verfaßte er ohne jegliche literarischen Hilfsmittel eine weitere juristische Schrift, die er betitelte: Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae. Er nannte das Büchlein in einem Schreiben, mit welchem er es dem Herzog Johann Friedrich von Hannover übersandte, ein „aus dem Stegreif und auf der Reise aufgesetztes Traktätlein". In diesem Traktätlein schlägt er vor, daß der junge Jurist möglichst rasch in das Lesen der Quellen durch einen theoretischen Elementarkursus und in das Selbstdenken über praktische Fälle durch einjährigen konversatorischen und praktischen Unterricht einzuführen sei, nicht nach weitschichtiger syllogistischer Methode, sondern nach dem praktischen deutschen Gebrauch, wie er in den Gerichten zu finden; die Theilnehmer seien in zwei Gruppen als die Parteien und die Richter zu theilen; der einzelne Fall müsse einen Tag vor der Besprechung den Theilnehmern an diesem collegium disputatorium practicum mitgetheilt werden, und er sei unter Abschneidung allen nebensächlichen Beiwerks mit möglichster Kürze darzustellen; so werde sich der große Vortheil der Fülle und Mannigfaltigkeit des zu behandelnden Rechtsstoffes ergeben; die Trockenheit der Definitionen sei aufzufrischen aus dem unmittelbaren Rechtsleben; das Beispiel sei das beste, welches am meisten

zu Scherz und Lachen anlocke, weil es am festesten in der Erinnerung hafte.

Diese Schrift des zwanzigjährigen Jünglings hat achtzig Jahre später sein großer Nachfolger, der Philosoph Wolf, im Jahre 1748 auf's Neue veröffentlicht und in der Vorrede deren Verfasser ein „lumen et ornamentum totius Germaniae et orbis eruditi universi“ genannt. Wünschen wir, meine Herren, daß manches lumen et ornamentum totius Germaniae et orbis eruditi universi aus Uebungen und Besprechungen Leibnitz'scher Methode, die wir mit einander versuchen wollen, hervorgehen möge.

Es läßt sich auch noch der Beweis führen, daß es bedeutende Juristen giebt, die aus der Praxis heraus die Liebe zu ihrer Wissenschaft geschöpft haben, und die durch ihre Beschäftiguug in der Praxis dem Rechtsstudium erst gewonnen sind. In dieser Beziehung nenne ich Johann Ludwig Klüber und Christian Friedrich Koch.

Der Erstere war um die Zeit des Wiener Kongresses der angesehenste Staatsrechtslehrer Deutschlands, ja Europas. Als Sohn eines Kantonarchivars im kleinen Städtchen Tann spielte er schon im Knabenalter den Aktuar seines Vaters und verschaffte sich dann als Schüler des Schweinfurter Gymnasiums im Büreau eines Advokaten durch Schreiberdienste seinen Unterhalt. So erwachte in ihm die Neigung zum Rechtsstudium, die ihn früh der Dozentenlaufbahn zuführte.

Und Chr. Fr. Koch, der fruchtbarste und jedenfalls einer der befähigtsten preußischrechtlichen Juristen, der Sohn eines Tagelöhners, nährte sich, zum Schneider bestimmt, außerhalb seiner Lehrzeit als Abschreiber des Stadtrichters von Königsberg i. Nm., wurde dann Gehülfe eines Kanzlisten und weiter Amtsaktuar, bis er, 23 Jahre alt, seine Sehnsucht befriedigen konnte, nach abgelegter Maturitätsprüfung die Universität zu besuchen, auf der er bald als einer der begeistertsten Schüler Savigny's zu dessen Füßen saß.

---

Wenden wir uns nun zu dem Plane, den ich mit Ihnen über die Einrichtung unserer Arbeiten verabreden möchte. Ich gedenke Ihnen aus den Akten angefertigte Auszüge von Rechtsfällen mitzutheilen und diese Auszüge mit Ihnen zu besprechen. Gegenstand unserer Besprechung sollen nur Civilfälle sein. „Jedem . . . . . . gefällt seine Kappe;“ mir gefällt die Kappe des Civilisten. Genau

so, wie die Civilfälle, könnten auch Kriminalfälle behandelt werden, und es würde mir zur besonderen Freude gereichen, wenn ähnliche Uebungen, die das Kriminalfach zum Gegenstande haben, auch einmal versucht würden.

Die Akten selbst kann ich nicht mittheilen. Die lassen sich nicht vervielfältigen; es wäre auch eine unnütze Mühe für Sie, aus dem Aktenwuste, den zu verstehen und zu lesen schon eine gewisse Fertigkeit erfordert, sich zurecht zu finden und das herauszusuchen, was Ihnen von Nutzen wäre. Die Hauptsache ist, daß diese Aktenauszüge, die ich Ihnen mittheile, Fehler enthalten, starke oder auch minder starke juristische Fehler, und gerade an diesen Fehlern wollen wir lernen. Das richtet sich nicht gegen irgendwelche Personen. Sie werden die Personen gar nicht entdecken können, welche die Fehler gemacht haben. Die Fehler sind auch von mir hier und da drastischer dargestellt, verschlimmert. Alle Namen, die in den Abdrücken vorkommen, sind fingirte, auch die Ortsnamen. Nur einmal werde ich Ihnen den Sünder nennen, der den Fehler gemacht hat, das bin ich nämlich selbst, und ich habe gar nichts dagegen, wenn Sie mich dann gründlich auslachen. Aber ich habe an dem Fehler für mein ganzes Leben gelernt; und als mir der Richter, bei dem ich beschäftigt war, sagte: „Herr Referendar, da haben Sie aber einen Bock geschossen, der ist sehr stark", ist mir das im Gedächtniß geblieben bis ins späte Alter, und ich versichere Ihnen, den Fehler habe ich nicht wieder gemacht.

Diese Fälle können uns in gewisser Beziehung also das vorstellen, was für den Mediziner seine Präparate, seine Kranken, seine Leichen sind. Wir wollen an den Fehlern herum operiren, wir wollen die Leichen seciren; wir wollen lahme Eide, schielende Gründe, bedenkliche Geschwülste und all dergleichen schulgerecht daraus entfernen und mit dem Fleiß, mit dem die Ameise das Präparat einer Thierleiche mustergültig ausführt, dasjenige heraussuchen, was wir schließlich als das Richtige erkennen müssen.

Es war mir lange zweifelhaft, welchen Namen ich dem Unternehmen geben sollte, mit dem ich vor Sie treten will. Ich habe es „Schulung für die civilistische Praxis unter Benutzung aktenmäßiger Vorgänge" genannt. Sie merken alsbald, daß darin nicht enthalten und nicht angedeutet ist, wie es mir wesentlich darauf ankommt, aus Fehlern Sie lernen zu lassen. Ich hätte vielleicht auch sagen können „Juris-

prudenz des täglichen Lebens"; aber das habe ich vermieden, zunächst um nicht den Verdacht zu erwecken, als wollte ich mich neben den großen Mann stellen, dessen sehr verdienstliches Werkchen gerade diesen selben Titel führt, neben Ihering. Außerdem verfolge ich wesentlich andere Zwecke, als Ihering mit seinem Schriftchen. Ihering giebt nur ganz kurz Einzelheiten aus dem täglichen Leben, Fälle, die da vorgekommen sind, und knüpft daran die Frage: wie sind sie zu entscheiden? Ich will umgekehrt verfahren. Ich lege Ihnen Fälle vor, von denen ich Ihnen sage: „so sind sie entschieden, warum durften sie so nicht entschieden werden?"

Eher hätte ich vielleicht das, was wir ins Leben rufen, nennen können „Juristische Klinik" [1]). Eine Klinik ist ja „der medizinische Unterricht am Krankenbett." Analog wollen wir einen juristischen Unterricht am Krankenbett versuchen.

Und nun noch ein offenes Wort. Vor einigen Tagen besuchte mich einer der Herren Referendare, erklärte, er wünsche an unseren Uebungen theilzunehmen, bemerkte aber gleichzeitig, er bäte mich, zu entschuldigen, wenn er an den drei ersten Montagen nicht erscheine, er säße an seinen schriftlichen Arbeiten für die große Staatsprüfung. Ich bemerkte ihm, daß ich eigentlich nicht verstände, wie er unterstellen könne, daß ich annähme, die Herren, die vollauf mit den schwierigen Aufgaben ihrer Prüfung beschäftigt sind, würden hierher kommen und an unseren Uebungen theilnehmen. Gleichzeitig hörte ich, als ich einen Studenten fragte, wie es mit den praktischen Uebungen auf den Universitäten gehalten würde, in welchen Semestern man diese beginne, die Antwort: gewöhnlich in den letzten Semestern, weil man dann doch wünschen müsse, die Herren Examinatoren kennen zu lernen und von ihnen gekannt zu werden.

Halte ich die beiden Aeußerungen zusammen, so veranlaßt mich das, ausdrücklich zu sagen, daß es nichtsweniger als meine Absicht ist, hier etwa eine Vorbereitungsanstalt zu gründen für die zweite

---

[1]) Die Bezeichnung „juristische Klinik" ist, wie mir nachträglich beifällt, bereits im Jahre 1863 vom Justizrath Volkmar in seinem Antrag für den vierten deutschen Juristentag gebraucht. Der Antrag betraf das Rechtsstudium, kam aber zu dem Punkte, der die juristische Klinik zum Gegenstande hatte, nicht zur Berathung. Vergl. auch „Vertrauliche Briefe eines Unbekannten", 5. Brief, in der „Deutschen Ger.-Ztg." von 1863 Nr. 35 (jetzt Ihering, Scherz und Ernst S. 70 flg.).

Prüfung. Ja, mein anfänglicher Gedanke war sogar, die Herren, die über die Universität bereits hinaus sind, zu bitten, an den schriftlichen Bearbeitungen der Fälle sich nicht zu betheiligen. Es ist mir aber gesagt worden, daß gerade einzelne der Herren vielleicht ein besonderes Interesse daran hätten, und ich glaube einen Modus gefunden zu haben, der diese Betheiligung ermöglicht, aber doch das ganz ausschließt, was ich ausgeschlossen sehen will. Mit Rücksicht darauf, daß ich irgendwann in meinem prüfungsamtlichen Berufe einmal mit Ihnen zusammenkommen könnte, will ich möglichst vermeiden, zu diesem oder jenem der Herren in persönliche Beziehung zu treten. Das würde mich in jenem Berufe befangen machen, in welchem ich nichts höher schätze, als Unbefangenheit, volle Objektivität und die nur dadurch verbürgte Gerechtigkeit. Die Herren sind mir die liebsten in der Prüfung, die ich überhaupt nicht kenne. Ich will Sie aus der Prüfung und aus den Akten kennen lernen, die über Sie geführt sind; andere Mittel sollen mir nicht gegeben sein. Es wäre eine Benachtheiligung aller Derer, denen solche anderen Mittel nicht geboten wären, wenn ich von denselben irgendwie Gebrauch machte.

Ich bitte also die Herren, die sich schriftlich äußern, — ich denke dabei nur an knappe, ein paar Seiten umfassende Exkurse, — die Arbeit mit einem beliebigen lateinischen oder deutschen Worte oder mit einem Motto zu bezeichnen, damit sie an ihren Urheber richtig zurückgelangen kann. Ich bitte aber auch Jeden, unter die Arbeit zu setzen, ob er Studirender ist oder nicht mehr Studirender, und in welcher Zeit der Ausbildung er sich befindet, in welchem Semester, in welchem Theil des Vorbereitungsdienstes. Das hat für mich Bedeutung, um die Arbeiten zu behandeln und zu beurtheilen. Nicht kann ich daran denken, die Arbeiten, wären es auch nur verhältnißmäßig wenige, die geliefert werden, alle durchzulesen und zu korrigiren. Ich habe mir deshalb vorgenommen, etwa vier bis acht in jedem einzelnen Falle als Gegenstände der Besprechung herauszugreifen oder herauszuloosen.

Heute am Schlusse der Vorlesung beabsichtige ich, Ihnen das erste Druckblatt mittheilen zu lassen. Das Blatt enthält unter I und II alsbald zwei Fälle.[1]) Der erste Fall stellt sich äußerlich anders dar, wie alle

---

[1]) Siehe Beilageheft Seite 3, 4.

die späteren Fälle. Wir wollen gewissermaßen den Lernenden, der den Fall I behandelt, ins Wässer gehen lassen, ohne daß er bereits schwimmen kann, und sehen, wie er im Wasser sich zu bewegen anschickt. In den zehn Zeilen, die Sie unter I verzeichnet finden, erhalten Sie das, was die eine Partei ihrem Rechtsanwalt über Verhandlungen mit ihrem Gegner hat zukommen lassen, nachdem der Rechtsanwalt ihr gesagt hat: „Schreiben Sie die Sache kurz zu meiner Instruktion auf." Sie sollen nun prüfen, was Sie über diesen Fall denken, und wie Sie meinen, daß dieses Faktum zu einem Prozeß wird, wie Sie meinen, daß der Prozeß ausgeht.

Da ein Theil von Ihnen möglicherweise noch keinen Begriff davon hat, was ein Prozeß ist, habe ich Ihnen unter II einen Prozeß als Beispiel beigegeben. Ich denke mir die Sache so, daß die Herren sich erst I überlegen, dann II aufmerksam lesen und sich fragen: „wie verwandelt sich I in einen der Darstellung unter II analog gestalteten Prozeß?" —

Als König Friedrich I. hier in Berlin sein Oberappellationsgericht gegründet hatte, schrieb er im Jahre 1707 nach Cleve an das dortige Appellationsgericht: „Der grandeur Unseres Hauses finden wir nichts zuträglicher, als die Jurisdiktion des Oberappellationsgerichts so weit und so hoch zu treiben, als es immer geschehen kann." Meine Herren, versuchen wir, die grandeur dieses Hauses und die Jurisdiktion, die wir darin pflegen und vorbereiten wollen, so hoch und weit zu treiben, als es nur immer geschehen kann. Was ich Ihnen zu bieten hoffe, ist eine Brücke zwischen Ihrem bisherigen Leben und Ihrem Beruf, zwischen den systematischen Vorlesungen, die Sie besuchen, und zwischen der Praxis, zwischen den positiven Rechtssätzen und dem natürlichen Verstande und Rechtsgefühle. Kürzlich sagte mir ein hochangesehener Jurist, dem ich meinen Plan mittheilte: „es wird schwierig sein, einen gedeihlichen Erfolg damit zu erzielen, weil überhaupt 95 Prozent unserer Juristen nicht aus Liebe zur Jurisprudenz Juristen sind, sondern weil sie die Jurisprudenz als milchende Kuh betrachten". Ich hoffe nicht, daß dieser Ausspruch eine Wahrheit ist. Wäre er aber eine Wahrheit, dann lassen Sie es unsere Aufgabe sein, das böse wahre Wort zu einem unwahren zu machen und von Monat zu Monat, von Semester zu Semester die 95 Prozent herabzudrücken, so daß sie sich immer stärker vermindern.

Wenn es mir gelingen sollte, nur einigermaßen zur Theilnahme

an tüchtigen systematischen Vorlesungen, die Ihnen geboten werden, anzuregen, nur einigermaßen Ihnen die Freude am Berufe und den Sinn für möglichst frühe Ausmerzung der Fehler zu erwecken, welche in unserem täglichen Rechtsleben bei der Behandlung der verschiedenen Fälle uns entgegentreten, so würde ich die aufgewendete Mühe für reichlich und mehr als reichlich belohnt erachten.

Sie, meine Herren, sind der jugendliche Nachwuchs, dem wir Alten unsere juristische Erbschaft hinterlassen. Auf Ihren Schultern ruht die Justiz der Zukunft, Sie haben sie zu tragen, zu entwickeln, zu stützen, zu fördern. In dankbarer Erinnerung an die Schule, die ich erst in zwanzigjähriger gemeinrechtlicher Praxis, dann in zwanzigjähriger landrechtlicher Praxis durchgemacht habe; in dankbarer Erinnerung an die Männer, die mir Leitsterne ersten Grades gewesen sind, Männer, wie Vangerow, Ihering, Bähr, wie aber auch an die genialen Schöpfer des Preußischen Allgemeinen Landrechts will ich versuchen, einen Theil des Restes von Kräften, der mir vielleicht noch kurze Zeit geblieben ist, zu dem oben bezeichneten Zwecke zu verwenden.

Vor Ihnen, meine Herren, aber sehe ich in meinem Geiste ein großes Portal aufgerichtet, in das Sie eintreten wollen. Das Portal ist ein Doppelportal; über dem einen Bogen steht in goldener Schrift: „Hebung der Justiz“, über dem anderen Bogen steht mit schwarzen Buchstaben „Niedergang der Justiz“. Ich weiß, meine Herren, durch welches Portal ich Sie führen will. Sicherlich wissen auch Sie, welches Portal Sie für Ihren Eintritt zu wählen haben.

Und nun, meine Herren, das nächste Mal frisch an's Werk! Ich hoffe, wir werden an unserer gemeinsamen Arbeit nur Freude erleben.

# 2.

Vor Kurzem las ich, es sei ein Unfug, wenn überhaupt ein Lehrer konversatorische Uebungen, insbesondere solche mit schriftlichen Arbeiten, in einem Auditorium für eine größere Anzahl Zuhörer halten wolle. Den Vorwurf des Unfuges muß ich nun leider auf mich nehmen. Allerdings sagte ich mir, daß ich auch vielleicht mit zehn oder zwanzig Hörern meine Uebungen hätte halten können; aber das entspricht nicht der Tendenz, die ich verfolge; denn ich erkläre Ihnen aufrichtig, es genügt mir nicht, das, was wir verhandeln, mit einer so geringen Anzahl zu verhandeln. Keiner von Ihnen soll sich indeß irgendwie in einem Zwange befinden. Ich nehme für Sie, wie für mich ganz unbedingt die volle akademische Freiheit in Anspruch und zwar der Art, daß es Jedem freisteht wegzubleiben, wenn es ihm nicht beliebt zu kommen, oder wenn er glaubt, etwas Anderes und Besseres zu thun zu haben. Hierher soll ihn nur die Rücksicht auf die Sache, nie die Rücksicht auf irgendwelche Person, namentlich nicht etwa auf meine Person führen.

Das vorige Mal habe ich Ihnen eine Art von Vorwort gegeben; heute will ich Ihnen mehr eine Art von Einleitung ad rem geben. Sie wird uns wahrscheinlich bis zum Schlusse der uns heute gegebenen Zeit beschäftigen.

Zunächst will ich Ihnen zwei Zeugnisse mittheilen, die darlegen, daß ähnliche Ziele, wie wir sie verfolgen wollen, auch noch von anderen gewichtigen Stimmen als erstrebenswerth anerkannt werden. Sie wissen, was ich Ihnen von Ihering erzählte. In einem Nekrologe sagt einer seiner Kollegen: „Ihering sprach es aus, daß der erfolgreiche Umschwung, den die Naturwissenschaften genommen haben, seitdem sie die Bücherweisheit mit der Beobachtung des Wirklichen vertauschten, von der Jurisprudenz nachzuahmen sei.“ [1])

---

[1]) Leonhard, Ein Nachruf für Ihering und Windscheid S. 10.

Dann ist mir kürzlich, nachdem ich meine Absichten kundgegeben und meinen Plan mir gemacht hatte, von Wien aus ein Schriftchen zugekommen, welches so sehr unserm Vorhaben zur Stütze dienen kann, daß ich einige Zeilen daraus vorlesen muß. Ein namhafter Wiener Anwalt, der auch literarisch bekannte Dr. Julius Ofner, hat schon im Jahre 1883 in seinen Beiträgen zur exakten Rechtswissenschaft Folgendes geschrieben: „Wenn der Jünger die Universität verlassen hat, beginnt erst seine eigentliche praktische Schulung. Soll diese recht sein, so muß sie von Männern ausgehen, welche theoretische und praktische Kenntnisse vereinen, welche zugleich Lust und Liebe zum Unterricht haben, und welche, ein Einzelner oder Mehrere zusammen, dem Jünger einen Ueberblick über das gesammte Gebiet seiner Thätigkeit gewähren.“ Er legt nun dar, wie dies heute bei uns zu vermissen sei und fährt fort:

„Wie anders war dies bei den Römern! Die Römer hatten gar keine Theorie in unserm Sinne. Allein der Jünger trat in das Auditorium eines ersten Meisters im praktischen Recht; von einem Labeo oder Julian hörte er in wirklichen Fällen des Lebens Rath und Gutachten ertheilen, übte sich unter seinen Auspizien und trat aus dem Auditorium als fertiger praktischer Jurist. So ist es noch bei den Engländern . . . . Endlich schauen Sie neben sich. . . Wenn der Mediziner die ersten zwei Jahre Theorie gelernt, sieht er von den ersten Autoritäten der Praxis Heilkunde üben und lernt wie man die Krankheiten behandelt und heilt. So tritt er aus der Universität als fertiger Arzt. Der Jurist wird in der Universität vielleicht ein Dozent, aber nie ein Anwalt. Diese Gebrechen sind gerade heuer in allen Versammlungen praktischer Juristen ausgesprochen. . . Hier ist eine Besserung nothwendig. Eine gründliche Besserung ist aber nur auf eine Weise möglich: die praktische Jurisprudenz muß den Rang einer Wissenschaft erhalten, sie muß in die Universität gehoben werden.“

Dann heißt es weiter: „Ein jedes Verhältniß, das Objekt für das Denken des Praktikers wird, hat eine charakteristische Eigenschaft: es ist an demselben etwas nicht in Ordnung. . . Ein prinzipielles Durchdenken dieses Stoffes ergiebt die Theorie des streitigen Rechtes, korrekter, die Theorie der fehlerhaften Lebensverhältnisse. Der Zustand der Streitigkeit hat Aehnlichkeit mit dem krankhaften Zustande eines Menschen. . . Auch in der Medizin war bis um die Mitte

unseres Jahrhunderts Theorie und Praxis einander entfremdet, ähnlich wie heute noch in der Jurisprudenz. Da trat Carl Rokitansky auf und wies der Wissenschaft, die bisher immer mit dem gesunden Körper sich beschäftigt, während die Praxis den kranken Körper behandelte, die Aufgabe zu, das Objekt der medizinischen Praxis, den kranken Körper der Untersuchung zu unterziehen. Mit demselben Momente begann der wunderbare Aufschwung der medizinischen Wissenschaft. Es kann immerhin als ein gutes Omen für die Theorie des streitigen Rechtes genommen werden, welche gleichfalls das Objekt der Praxis zum Objekte der Wissenschaft macht."

Meine Herren, das trifft genau das, was ich Ihnen in voriger Stunde entwickelte.

Es drängt mich aber noch gegenüber den Jüngeren unter Ihnen (vielleicht Herren aus den ersten Semestern oder sogar aus dem ersten Semester) im Hinblick auf den Fall, den ich Ihnen zunächst mitgetheilt habe[1]), einmal klar zu machen, wie ich mir denke, daß zwischen dem, was wir hier erörtern, und dem, was Sie in ihren Vorlesungen hören werden, eine entschiedene Wechselbeziehung besteht. Es handelt sich in dem fraglichen Falle darum, daß Jemand aus einem Laden einen Hut entnommen hat, den er bezahlen soll. Daß Jemand einen solchen Hut zu bezahlen hat, ist ein Rechtssatz, den, glaube ich, Niemand in den Institutionen oder Pandekten oder im Handelsrecht, im Landrecht, im Code zu suchen braucht; der Satz ist Jedermann bekannt, ohne daß er auf der Universität gewesen ist. Hat aber ein Studiosus bereits seine Pandekten gehört, so weiß er, daß man da lehrt: das pretium beim Kauf muß ein verum, certum, justum sein, oder daß der römische Jurist sagt: sine pretio nulla venditio est. Weiß er das, so wird ihm in dem Ihnen von mir gegebenen Beispiele auffallen, daß Jemand einen Preis bezahlen soll, ohne daß der Preis zwischen den Kontrahenten verabredet ist. Er wird also für die Sätze, die er in seiner Pandektenvorlesung zu hören bekommen hat, hier eine Anwendung finden, die ihm nachzudenken giebt, und die Sätze gewinnen ein ganz anderes Gesicht, als sie es in der Vorlesung hatten. Umgekehrt, wer noch keine Pandekten gehört hat, wird hier erfahren, daß man unter Umständen Käufe abschließen kann, ohne einen Preis zu verabreden, daß daraus

[1]) Siehe Beilageheft S. 3.

möglicherweise sich Schwierigkeiten entwickeln über die Frage, was bezahlt werden soll, daß der Zweifel auftaucht, ob der Kauf zu Stande gekommen ist. Der Anfänger in der Jurisprudenz wünscht deshalb zu wissen, wie sich eigentlich die Lehre vom Kauf gestaltet, wenn sie in ein System gebracht und umfassend entwickelt wird. So zieht ihn die Wißbegierde hin zu den systematischen und theoretischen Studien, und kommt er an die Lehre, die hier einschlagend ist; dann erhält sie Erläuterung und Leben durch die Erinnerung an das, was wir gemeinsam über den Kauf jenes Hutes besprochen und erwogen haben.

Die Fälle, die ich Ihnen bringe, werden meistens ganz einfache Rechtssätze zur Diskussion stellen. Nicht rede ich mit Ihnen aus sibyllinischen Büchern, nicht sollen Sie intrikate, schwierige juristische Probleme entwickeln; und die einfachen Rechtssätze, welche wir brauchen, wollen wir hier selbst formiren, wir wollen sie aus uns selbst herausziehen. Das wird keine allzugroße Schwierigkeit haben, Kopf und Herz muß dabei das Meiste thun. Kommt mitunter ein Rechtssatz in Frage, welcher nicht Jedem geläufig ist, der auf der ersten Stufe der juristischen Ausbildung sich befindet, so werde ich Ihnen den Satz hier mündlich entwickeln; vielleicht werden Sie ihn auch in der vertheilten Druckschrift als Anmerkung beigefügt oder ihn darin wenigstens dem Paragraphen des Gesetzbuchs nach citirt finden. Dann muß das betreffende Gesetz nachgeschlagen werden, das ist auch keine allzugroße Mühe.

Noch möchte ich ein Beispiel anführen von einer Vorlesung, die ich selbst erlebt und die ich von außerordentlichem, ja für mein Leben geradezu bestimmenden Einfluß gefunden habe. Ich denke an die Pandektenvorlesung meines hochverehrten Lehrers Vangerow. Es ist sehr nützlich für die Gegenwart, einmal zu hören, wie es in der Vorlesung eigentlich herging. In den fünfziger und sechziger Jahren strömten die Juristen nach dem schönen Heidelberg, wesentlich, um Vangerow zu hören. Ich sagte Ihnen neulich schon, daß Vangerow mit dem gesetzlichen Tage des Semesteranfangs, mit dem 15. Oktober, seine Pandekten begann. Selbstverständlich hatten sich alle Juristen einige Tage vor dem 15. in Heidelberg einzufinden; das thaten sie auch. Sie gingen zu Vangerow persönlich hin, der sie empfing. Er ließ sich mit jedem einzelnen von ihnen in ein minutenlanges, vielleicht noch längeres Gespräch ein und bescheinigte, daß die Vorlesung

belegt sei. Die Vorlesung war täglich auf 3 Stunden angesetzt, aber jeder Zuhörer wußte längst, daß sofort nach den ersten Tagen zu diesen Stunden ohne Weiteres einige Minuten zugelegt wurden, und so entwickelte sich das Wunder, daß schließlich Vangerow ein Pandektenkolleg von täglich 5 Stunden las.

Dieses Kolleg umfaßte die ganzen Pandekten. Die Sitte, die Pandekten in zwei oder drei Theile zu zerreißen, sodaß der Studirende in die Lage kommen kann, ehe ihm die Einleitung gegeben ist, das Mittel- oder Schlußstück zu hören, kannte Vangerow nicht. So kam es, daß Jemand, der mehrere Semester in Heidelberg zubrachte, auch zwei Mal Vangerow's Pandekten zu hören in der Lage war. Das zweite Mal that er das natürlich mit Unterbrechungen. Ein solches zweimaliges Hören war gar nichts Besonderes. Nun frage ich: wer hört jetzt innerhalb sechs Semestern zwei Mal bei demselben Pandektenlehrer, und wäre es der ausgezeichnetste, die Pandekten derart, daß er täglich drei Stunden und schließlich fünf Stunden mit Freuden in die Vorlesung geht? Ich sage, mit Freuden, mit großen Freuden; denn daß geschwänzt wurde — mir ist es kaum erinnerlich; die Bänke waren ständig gefüllt.[1]) Warum auch hätten wir schwänzen sollen? Ein lückenloses Heft wollte selbstverständlich Jeder heimbringen. Morgens vor dem Kolleg las man, um auf dem Laufenden zu bleiben, die Anmerkungen durch, die Vangerow's dreibändiger „Leitfaden" zu dem Tags vorher geschriebenen Vortrage brachte; so ergab sich eine regelmäßige Arbeitszeit von etwa 5 bis 7 Stunden täglich; dazu noch 2 oder 3 Stunden Lücken im Hefte auszufüllen, weil man den Tag zuvor das Kolleg versäumt hatte, wäre geradezu eine Strafe gewesen; da war es doch weit bequemer, aus Vangerow's

[1]) Die Thatsache giebt zu denken gegenüber einer andern Thatsache: Mir ist eine heutige Pandektenvorlesung bekannt, die an Bedeutung der Vangerow's mindestens sehr nahe steht, auch bei den Studirenden sehr viel Beifall findet. Zahlreich sind die Anmeldungen, aber schon gegen die Mitte des Semesters — sind mehr als die Hälfte der Bänke leer. Dazu kommt noch Folgendes. Vielfach wird (m. E. irrthümlich) in möglichst hoch gespannten Anforderungen für die Prüfungen das sicherste Mittel gesehen, die Kollegien zu füllen und dem Repetitorienwesen den Lebensnerv abzuschneiden. Kaum einer der Zuhörer Vangerow's ist aus Examenangst in das Kolleg gegangen; die meisten kehrten in ihre Heimath zurück, um sich für die Prüfung an der Hand der dort üblichen Hülfsmittel — unter Beiseitelegung des Vangerow'schen Heftes und Buches — vorzubereiten.

Munde sich sein Heft fast wie spielend herzustellen. Und wahrlich, vor mir selber hätte ich mich geschämt, wenn ich einem Manne, der für seinen Lehrberuf seine ganze physische und psychische Kraft, die ganze sittliche Macht seiner Persönlichkeit einsetzte, damit gelohnt hätte, daß ich seinem anregenden und klaren Vortrage fern geblieben wäre. Ging doch unter den Studirenden die Meinung um, die einzige Schattenseite Vangerow's sei, daß er seinen Zuhörern den Stoff insofern zu mundgerecht mache, als man verleitet werde, sich einzubilden, nun wisse man Alles, was in den Pandekten stehe, und brauche sie nicht mehr zu studiren. Wohl habe ich später andere Schattenseiten Vangerow's kennen gelernt, wohl weiß ich, daß sein wissenschaftlicher Standpunkt ein überwundener ist, aber das giebt keinem seiner Schüler das Recht, wie es leider jüngst geschehen ist, den großen Lehrer der Jugend in den Staub zu ziehen und mit Schmutz zu bewerfen. Dem gestrengen Herrn Kritiker will ich wünschen, daß dereinst an ihm nur einer seiner Schüler mit solcher Begeisterung und solcher Liebe hänge, wie tausende und abertausende ihr ganzes Lebelang an Vangerow. Mit anderm Gefühl, als ich jene unziemlichen pietätlosen Aeußerungen gelesen habe, hörte ich dieser Tage einen hochstehenden Beamten, der gelegentlich seines Dienstjubiläums seinen Lebensgang schilderte, in die Worte ausbrechen: „Und nun kommt mein goldenes Heidelberg und mein Vangerow; denn das ist der Mann, dem ich meine ganze Liebe zu meinem juristischen Berufe verdanke; erst als ich ihn hörte, ging mir ein Licht darüber auf, was die Juristerei eigentlich wolle."

Dasselbe kann ich genau von mir sagen, meine Herren. Ich habe einmal infolge einer Beerdigung, an der ich auswärts theilzunehmen hatte, einen Tag meine Pandektenvorlesung versäumen müssen. Noch heute weiß ich, was damals behandelt wurde. Es waren die privilegirten Testamente. Natürlich holte ich das Versäumte möglichst nach, indem ich das fehlende Stück aus dem Hefte eines Freundes in mein Pandektenheft übertrug, aber lange fühlte ich die Lücke: ich hatte den Mann nicht vor mir gehabt, der es mir zugeführt hatte. Das Pandektenheft Vangerow's steht gegenwärtig noch neben meinem Schreibtische. Alles, was in dem Hefte seinen Platz gefunden hat, ist für mich mein ganzes Leben hindurch im römischen Recht das Regal gewesen, in das ich einordne, was meinem Kopfe irgendwo zum Einordnen geboten wird, und wenn ich mich einmal ohne äußern

Anhalt nicht rasch zurechtzufinden weiß, dann greife ich nach jenem Hefte und helfe mir damit nach.

Einer unserer ersten Justizbeamten, der vor wenig Jahren hier verstarb, war zu meiner Zeit auch in Heidelberg. Er war ein eifriger Korpsbursche und sagte mir einst: „unser Korps setzte einen Stolz und eine Ehre darein, in Vangerow's Kolleg nicht zu fehlen; die Korpsmützen legten wir vorne auf die Bänke, damit Jeder sah: das Korps ist im Kolleg". Da gab es keinen Sonnabend, der ausfiel zu irgend welchem anderen Zwecke, nein, am Sonnabend las Vangerow ebensogut wie an jedem anderen Tag. Und als der 15. März kam, las er darüber hinaus ruhig fort, volle acht Tage über den gesetzlichen Schluß, und nirgends in den Bänken entstanden bemerkbare Lücken. Noch heute ist es ein von den Gerichten anerkannter Ortsgebrauch in Heidelberg, daß die Semestralmiethe einer Studentenwohnung dort vom 13. April oder 13. Oktober an beginnt. Eine Schwalbe macht noch keinen Sommer, meine Herren! Aber ein Vangerow schafft auf ein halbes Jahrhundert hin ein Gewohnheitsrecht, dem das Publikum und die Gerichte sich willig fügen. Wer thut's in diesem Punkte Vangerow nach?

Es hat mir zwar ein hochverehrter Herr Kollege und Freund, den ich hier vor mir sehe, einmal gesagt: „Auf Vangerow darf man nicht exemplifiziren; das ist eine phänomenale Erscheinung; ein solcher Mann kommt alle hundert Jahre einmal vor." Aber, meine Herren, es giebt überall, hier in Berlin vor allen Dingen, treffliche, ja ausgezeichnete Vorlesungen, und ich sollte meinen, Sie könnten gewiß bei ordnungsmäßigem Besuche in mancher denselben Genuß, dieselbe Freude haben, die wir weiland in Vangerow's Pandekten hatten. Die Studirenden empfehlen ja selbst einander, wie ich recht wohl weiß, dieses und jenes Kolleg. Ja, was bedeutet denn diese Empfehlung? Ich will eine Parallele ziehen. Man sagt, Vorlesungen und Bücher stehen sich als Mittel der juristischen Ausbildung vollständig gleich; man kann aus Büchern geradeso gut lernen, wie aus der Vorlesung. Nun wohl, es empfiehlt ein Kommilitone dem anderen ein gutes Buch. Das Buch hat zwanzig Kapitel. Derjenige, dem es empfohlen ist, bittet es sich aus, das Buch wird ihm überreicht, da ist das Vorwort herausgerissen, die Einleitung ist herausgerissen, der Schluß ist herausgerissen, und von den übrigen Kapiteln ist eins um das andere herausgerissen. Dieses Buch reicht der Kommilitone

hin und sagt: „So, nun instruire dich!" Was wird der Empfänger mit dem Buche beginnen? Er wird lachend sagen: „mit dem Buche soll ich mich instruiren? Was soll mir das Buch, es ist zu gar nichts nütze!" Genau so ist es, wenn Ihnen eine Vorlesung empfohlen wird und Sie benutzen die Empfehlung der Art, daß Sie den Anfang wie das Ende der Vorlesung nicht besuchen und in der Mitte ein über das andere Mal aus der Vorlesung hinwegbleiben.

Ich denke mir aber, daß das, was wir hier treiben, ein gewisser Prüfstein, ein gewisses Thermometer für die Jüngeren unter Ihnen sein kann, ob Ihnen auch die genügende Wärme für das juristische Studium innewohnt. Wenn Sie ein einfacher Rechtsfall in der Art, wie wir ihn hier behandeln, absolut nicht anregt, dann, scheint mir, dürfen Sie sagen: „ich glaube nicht, daß das juristische Studium für mich taugt, oder daß ich für das juristische Studium tauge". Ein nur halbwegs Interesse bietender civilistischer Rechtsfall muß Sie erfassen, sonst erfassen Sie den Fall nicht; und ist er intrikater Natur, dann muß er Ihre ganze Persönlichkeit, den ganzen Menschen erfassen, es muß in Ihrem Innern bohren und hämmern, Sie müssen den Fall nicht los werden können in Ihren Gedanken. Ja, für Jemanden, der einen solchen Fall behandelt, empfiehlt sich, daß er nicht des Abends damit beginnt. Vertieft er sich ordnungsmäßig hinein, so stört ihm das Fortarbeiten seiner Gedanken die Nachtruhe. So muß ihn die Sache beschäftigen. Nebenbei gesagt: Vor aller Abendarbeit, namentlich vor der Arbeit, die in die Nacht hineingeht, warne ich Sie von vorne herein. Soviel als in meinen Kräften stand, habe ich es immer mit Kant gehalten, der sagt: „der Schlaf um Mitternacht ist die Grundlage allen menschlichen Wohlbefindens." Wer dichten und phantasiren will, der mag Abends sich dazu an- und aufregen lassen; wer einen nüchternen Civilrechtsfall sich klar machen und seiner Herr werden will, der beginne damit früh Morgens.

---

Wir werden die Rechtsfälle, die wir betrachten, namentlich den ersten, sehr eingehend erörtern. Ich bin der Meinung, daß es besser ist, einen Fall nach allen Richtungen hin sich auseinander zu legen und nicht übereilt in dessen Betrachtung vorzuschreiten, als zwanzig oder dreißig Fälle in Eile durchzugehen. „Chi va piano, va sano," „wer bedächtig geht, geht sicher" sagt das italienische Sprichwort, und wir wollen versuchen, sicher zu gehen.

Treten wir nun dem Stoffe, den wir behandeln wollen, etwas näher, so wird es sich im Wesentlichen für uns um prozessualische Dinge handeln. Sie wissen, es giebt einen doppelten Prozeß, einen Strafprozeß und einen Civilprozeß. Den Strafprozeß wollen wir hier ausscheiden, aber um das ordnungsmäßig zu können, müssen wir uns erst den Gegensatz zwischen beiden Prozeßarten klar machen. Den Meisten von Ihnen wird der Gegensatz vollständig geläufig sein; die nothwendigen Folgen des Gegensatzes, die sich kundgeben in der Behandlung des einzelnen Falles, je nachdem es sich um einen Civil- oder um einen Strafprozeß dreht, sind indeß nicht überall klar. In unserer heutigen Praxis tritt öfter eine Verkennung dieses Gegensatzes nach manchen Richtungen hin zu Tage, und dieser Verkennung muß von vorne herein vorgebeugt werden.

Bei allen Prozessen handelt es sich um eine Rechtsverletzung. Weil das Recht verletzt ist, entwickelt sich der Prozeß. Hier sei alsbald bemerkt, daß seit der neuern Zeit allerdings auch drohende Rechtsverletzungen einen Prozeß begründen können. Das ist aber eine Ausnahme von der Regel, und hier halten wir uns nur an die Regel. Ueberhaupt werden sich von den allgemeinen Sätzen, die ich ausspreche, hier und da immer Ausnahmen finden. Darauf kann ich nicht eingehen. Für uns kommt es nur auf das Nahe- und Nächstliegende an. Deshalb können wir sagen: jeder Prozeß setzt eine Rechtsverletzung voraus. Der Unterschied der beiden Prozeßarten ist aber der: der Civilprozeß setzt eine Verletzung des Privatrechts voraus, der Strafprozeß eine Verletzung des öffentlichen Rechts. Auf diesem Unterschied beruht die ganze Verschiedenheit der beiden Prozeßarten und der gesetzlichen Ordnungen, die dafür gegeben sind. Denken Sie sich, ich leihe Jemandem hundert Mark, er zahlt sie mir zur verabredeten Zeit nicht wieder, obwohl ich sie verlange; dann verletzt er mein Privatrecht, er verletzt den Vertrag, den ich mit ihm geschlossen habe. Er ist verpflichtet, wenn ich es verlange, mir das geliehene Geld zurückzuzahlen. Will ich über diese meine Rechtsverletzung hinwegsehen, so ist es meine Sache; es geht das Niemanden etwas an; Niemand hat darnach zu fragen; für das Rechtsleben hat es weiter keine Bedeutung, daß ich darüber hinwegsehe. Will ich nicht darüber hinwegsehen, will ich mein verletztes Recht geltend machen, in Bewegung setzen, dann beginne ich den Prozeß, dann erhebe ich eine Klage. In diesem Prozeß ist es meine Sache zu entscheiden, was ich

etwa vorbringen will; ich habe darüber zu befinden, was ich dem Richter an Thatsachen darlege, und ebenso hat der Beklagte sich darüber schlüssig zu machen, was er seinerseits dem Richter darlegen will. Was wir beide nicht bringen, sei es aus eigner Initiative, sei es auf Anregung des um thatsächliche Ergänzungen oder Erläuterungen fragenden Gerichtes, das geht das Gericht nichts an. Anders im Strafprozeß. Dieser betrifft eine Verletzung des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Ordnung, und deswegen hat der Staat ein Interesse daran, daß eine solche Rechtsverletzung verfolgt werde. Er hat zu diesem Zwecke Organe eingesetzt, und die Folge davon ist, daß diese Organe Verbrechen, d. h. Rechtsverletzungen der öffentlichen Ordnung, die zu ihrer Kenntniß kommen, verfolgen, daß sie die Thatsachen zu ermitteln suchen, die mit diesen Verbrechen in Beziehung stehen, daß die Untersuchung diese Thatsachen feststellt und schließlich der Richter aus den festgestellten Thatsachen den Schluß zieht: es liegt hier ein Verbrechen vor, oder es liegt keines vor.

Die Maxime, daß im Civilprozeß der Richter nur das zu berücksichtigen hat, was die Parteien ihm bringen, was sie vor ihm verhandeln, nennt man die Verhandlungsmaxime. Eine ähnliche bedeutsame Maxime des Civilprozesses ist die Eventualmaxime, welche Jemanden nöthigt, möglicherweise mehrere Vertheidigungsmittel gleichzeitig nebeneinander geltend zu machen, oder welche ihm das Recht giebt, neben einer Behauptung noch eventuell eine andere geltend zu machen, wenn sie auch mit der ersteren Behauptung unvereinbar ist, ja das Gegentheil von ihr besagt. Aus jener Verhandlungsmaxime geht das bekannte Wort hervor: Quod non est in actis, non est in mundo; was nicht in den Akten ist, ist überhaupt für den Richter nicht in der Welt. Für den Strafprozeß könnte man den Satz beinahe umdrehen: Quod est in mundo, sit in actis; was sich in der Welt findet in Bezug auf dieses Verbrechen, das hat der Untersuchungsrichter, der Staatsanwalt, die Polizei herbeizuschaffen und in die Akten zu bringen, damit der Rechtsordnung Genüge geschehe.

Diese heterogenen Prinzipien des Civil- und des Strafprozesses werden in der Gerichtspraxis leider nicht immer klar auseinandergehalten, sie werden vermischt, und das ist verderblich, weil es nach verschiedenen Richtungen auf falsche Wege führen kann. Daß Jemand die Maximen des Civilprozesses in den Strafprozeß hinüberführt,

kommt verhältnißmäßig seltener vor; aber doch habe ich es erlebt, daß Jemand die Eventualmaxime in den Strafprozeß übertrug. Es war das ein gerade nicht sehr befähigter Untersuchungsrichter, der einmal einen Einbruchsdiebstahl zu ermitteln hatte. Der Angeklagte, der vor ihm stand, leugnete. Der Richter ließ das Protokoll aufnehmen, und nachdem festgestellt war, daß der Mann gesagt hatte, er habe den Diebstahl nicht begangen, da setzte der Richter sein Verhör mit den Worten fort: „Nun wollen wir einmal die Eventualmaxime anwenden; gesetzt, Sie hätten den Diebstahl begangen, wie haben Sie's dann gemacht?"

Das war allerdings zum Lachen, es wird auch sicher nicht oft vorkommen. Aber umgekehrt ereignet es sich nicht allzu selten, daß Sie Civilurtheile finden, die anheben, als habe man es mit Strafurtheilen zu thun. Sie werden Civilurtheile lesen, welche beginnen: „Durch die Aussagen der Zeugen X., Y. ist thatsächlich festgestellt, daß der Beklagte dem Kläger am 12. November 1883 Folgendes erklärt hat ꝛc." Ja, es kann vielleicht in einem Einzelfalle für einen erfahrenen und gewandten Richter kein Fehler sein, wenn er in seiner Beurtheilung eines Civilprozesses einmal mit dem Resultat der Beweisaufnahme anfängt; aber ein jüngerer Richter, ein Anfänger in der Jurisprudenz sollte sich dessen füglich enthalten; denn er schreibt ein hysteron-proteron, welches die Gefahr in sich birgt, daß wichtige Gesichtspunkte übersehen werden. Der Leser eines solchen Erkenntnisses sieht sich sofort vor die Frage gestellt: „was sollst du damit, wenn du erfährst, daß durch die Zeugen X., Y. die und die Thatsache festgestellt ist? Erst mußt du doch wissen: was hat denn der Kläger überhaupt gewollt? Was hat er behauptet? Welche rechtliche Bedeutung ist diesen Behauptungen beizumessen? Was von den Thatsachen hat der Beklagte bestritten? Was bedarf des Beweises? Wie ist der Beweis angetreten? Was sagen die Beweismittel? Und dann folgt erst die Frage: Was ist aus den Beweismitteln zu schließen?

Vorgestern hörte ich von einem Kandidaten einen Beweisbeschluß in einer Civilsache publiziren, der lautete: „Es soll ermittelt werden, ob die Forderungen des Klägers fällig sind oder nicht." Einem richtig geschulten Juristen, der einen solchen Beweisbeschluß vernimmt, dem muß zu Muthe sein, als wenn er einen Schlag mit dem Hammer auf den Kopf erhalte. Würde ich einen solchen Be-

schluß einzeln für sich genommen irgendwo finden, dann würde ich sagen, das ist aus einer Strafsache herausgenommen. Es soll ermittelt werden, ob Forderungen fällig sind; kann das der Civilrichter je als Gegenstand des Beweisbeschlusses hinstellen? Es handelte sich darum, ob gewisse Baugelder, die gegeben werden sollten, fällig waren. Das hing damit zusammen, daß nach einem Vertrage festgesetzt war: wenn der erste Stock eines gewissen Hauses fertig sei, dann sollte so und soviel von einem zugesagten Baugelder-Darlehn gezahlt werden. Zur thatsächlichen Begründung dieser Klage auf Zahlung einer ersten Baugelderrate mußte der Kläger offenbar darlegen, daß der erste Stock fertiggestellt sei. Das konnte er möglicherweise mit Zeugen, durch den Augenschein oder dergl. beweisen. Statt dessen hatte sich der Kläger damit begnügt, in seiner Klage zu sagen: „ich behaupte, daß die Forderungen fällig sind". Und der Richter, nachdem der Beklagte geleugnet, begnügte sich mit dem Beweisbeschluß: es soll ermittelt werden, ob die Forderungen fällig sind. Als der Kandidat gefragt wurde, wie er sich denke, daß im Wege des civilprozessualischen Beweisverfahrens die Ermittelung stattfinden könne, ob die Forderungen fällig seien oder nicht, da antwortete er: „ich nehme an, daß das durch Urkunden und Sachverständige bewiesen werden kann." An Urkunden hatte nun der Kläger lediglich den geschlossenen Vertrag vorgelegt. Darin stand, wenn der erste Stock fertig ist, sollen die Baugelder bezahlt werden. Aus dem Vertrage war der Beweis, ob der erste Stock fertig und deshalb die erste Rate fällig war, absolut nicht zu entnehmen; und wie ein Sachverständiger feststellen sollte, ob die Forderungen fällig seien, das ist auch vollständig unklar. Durch den verkehrten an eine kriminalprozessualische Ermittelung des Untersuchungsrichters erinnernden Beweisbeschluß wurde der ganze Rechtsstreit in schiefe Bahnen gelenkt.

Also hüten wir uns vor der Untereinandermengung krimininalprozessualischer und civilprozessualischer Maximen.

Nun wenden wir uns speziell und ausschließlich zum Civilprozeß.

„Causa procedit," „res agitur," das ist der Ausdruck, den der römische Jurist braucht, wenn er sagen will: ein Prozeß beginnt, ein Prozeß, eine „Sache" (res, causa) schreitet vor, eine Sache wird betrieben; oder wie wir heute sagen: eine Sache wird verhandelt. Die römische Ausdrucksweise ist charakteristisch. So lange das Recht nicht

in den Prozeßweg geleitet wird, ist es ruhend, es ist gewissermaßen krystallisirt, es ist erstarrt. Sobald es verletzt wird und der Verletzte es geltend macht, setzt er das Recht nach einer gewissen Richtung hin in Bewegung, er treibt es diesen Weg fort. Das Recht wird flüssig, es kommt in Aktion, es ist „in actione“. So ist der Ausdruck „in actione est“ und „actio“ sehr bezeichnend dafür, daß wir es mit einem in Bewegung, im Treiben befindlichen Rechte zu thun haben.

Der römische Jurist hat es fast immer mit dem Recht in Bewegung zu thun. Die Römer erfaßten die konkreten Verhältnisse. Deswegen reden so viele Titelüberschriften der Pandekten von Aktionen; das Aktionensystem ist der Rückgrat des römischen Rechtes. In unseren heutigen Gesetzbüchern haben wir die Lehre „vom Kauf“, der Römer handelt: „de actionibus empti et venditi.“ Unser deutsches Recht älterer Zeit deutet ebenfalls sehr sinnreich an, daß es sich seiner Auffassung nach beim Prozesse um ein Schreiten auf einem bestimmten Wege, um ein Fortschreiten handelt. Eine unserer wichtigsten, ältesten Prozeßordnungen trägt den Titel: „Richtsteig Landrechtes“; d. h. Richtsteig des Landgerichts, zum Zeichen, daß in der Prozeßordnung die Richtung angegeben, der „Steig“ gewiesen wird, den das Landgericht wandeln soll, wenn es das verletzte Recht schützen und wieder herstellen will.

Ihering nennt Recht das „rechtlich geschützte Interesse“. Ein „geschütztes“ Interesse hat zum Hintergrunde ein angegriffenes, ein verletztes Interesse. Deswegen kann ein Civilprozeß nicht anders entstehen, als wenn wir es mit einem verletzten Rechte zu thun haben. Das Rechtssystem lehrt nun, welcher Anspruch aus dem gegebenen Rechte folgt, und dieser Anspruch ist das Ziel der Klage, die der in seinem Rechte verletzte Kläger gegen den Beklagten erhebt. Darum ist es wesentlich, wie dieser Anspruch, der sich in der „Klagbitte“ darstellt, gefaßt wird; er muß die Schlußfolgerung der Thatsachen sein, die der Kläger vorbringt, und zwar die nothwendige Schlußfolgerung.

Die Römer waren in der Beziehung sehr praktisch; sie hatten bestimmte Formeln, in welche die Klagen hineingegossen wurden. Aber auch die alten Deutschen kannten ähnliche Formeln; denn vom fränkischen Hundertschaftsgerichte des sechsten Jahrhunderts wird z. B. berichtet: „Der ganze Prozeß beruht auf der fehlerlosen Verhandlung

nach uralten feststehenden Formeln; jedes Versehen gegen die hergebrachte Fassung, jedes Stolpern oder Versprechen macht ihn sofort und unwiderruflich hinfällig".[1]) Allmählich wurde es unbequem, solche starren Formeln zu gebrauchen, und man fing an, sie zu verlassen. Gewiß nach manchen Richtungen hin zweckmäßig. Schon das kanonische Recht hat angefangen, diesen Weg zu beschreiten; der preußische Prozeß der aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts stammenden Allgemeinen Gerichtsordnung hat ihn dann weiter beschritten. Interessant und beachtenswerth ist es aber, was über dieses Abhandenkommen der Formeln Savigny sagt. Es heißt in seinem Systeme:[2]) „Die Behauptung, daß im heutigen Prozesse sowohl die Auslassung als die falsche Bezeichnung des Namens der Klage unschädlich sei, muß unbedingt zugegeben werden. Allein für den urtheilenden Richter steht es anders. Wenn dieser sich begnügt, blos im Allgemeinen zu prüfen, welcher Theil Recht oder Unrecht habe, so ist er in Gefahr, sich ganz in das Allgemeine und Unbestimmte zu verlieren. Will er aber die gegenseitigen Ansprüche individualisiren, so ist ihm dabei . . . die Nomenklatur der Klagen ganz unentbehrlich; denn diese ist für das System des praktischen Rechts ungefähr das, was die Grammatik für die Sprache ist. Ich kann mich auf die Erfahrung eines Jeden berufen, der die gemeinrechtliche Praxis kennt, wie sehr die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse durch jene Nomenklatur an Schärfe und Sicherheit gewinnt." Dann erinnert Savigny an die mißverständliche Warnung des kanonischen Rechts und der Preuß. Allg.Ger.Ordn. (I, 5 § 20) und bezeichnet die nachtheiligen Folgen dieser Veränderung als „in der hieraus entsprungenen Praxis sehr fühlbar".

Das, was im Prozesse verhandelt ist und sichtbar uns vor Augen tritt, nennen wir in dieser seiner sichtbaren Gestalt von älterer Zeit her die Akten. Eine eigenthümliche Bezeichnung und überhaupt nur erklärlich aus der Entwicklung des ganzen Prozesses. Denn „acta" heißt „das Verhandelte", das mündlich Verhandelte; die Akten aber sind heutzutage das, was wir geschrieben vor uns haben. Es wäre also richtiger, die acta „scripta" zu nennen. Warum aber werden sie acta genannt? Einfach deshalb, weil ursprünglich mündlich verhandelt

[1]) Nitzsch, deutsche Geschichte Bd. 1 S. 169; Brunner, deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 178 fg.

[2]) Bd. 5 S. 148—150.

wurde und unsere schriftlichen Verhandlungen, die Akten, eigentlich sozusagen nur per nefas entstanden sind. Lange vor der Zeit, als der schriftliche Prozeß gesetzlich gestattet wurde, hat sich dieser schriftliche Prozeß auf gewissermaßen verbotenem Wege eingeschlichen. Das kam so: bald wurde es noch während der Blüthe des rein mündlichen Prozesses Bedürfniß, wenigstens irgend etwas von den Verhandlungen, die in einem Prozeß stattfanden, aufzuschreiben. Zuerst kam das Urtheil an die Reihe. Das brauchten die Parteien möglicherweise, nachdem es gesprochen, noch für die Zukunft. Das Urtheil wurde beurkundet, es wurde der Partei schriftlich ausgehändigt in der Form einer vom Gericht ausgestellten Bescheinigung, es wurde aber zugleich in ein Buch geschrieben, damit, wenn das ausgehändigte Exemplar verloren ging, das Gericht es wiederherstellen konnte. Allmählich fing man auch an, das, was vor Gericht geschehen war, kurz in jenes Buch einzuregistriren. Nun mußte es namentlich den Anwälten höchst unbequem werden, lange Ausführungen auf dem Gericht mündlich vorzutragen und zu warten, bis der Schreiber das Protokoll geschrieben hatte. Die Anwälte schrieben deshalb ihre Vorträge zu Hause nieder und überreichten sie dem Protokollführer, damit er sie als mündlichen Vortrag der Partei in das Protokollbuch übertrage. Das wurde aber wieder dem Gerichtsschreiber lästig, und da erfand man ein einfaches Mittel: man fingirte, daß das, was der Anwalt schriftlich brachte, ein mündlicher Vortrag im Gericht sei, und man legte ein solches Schriftstück in das Gerichtsbuch. Das Schriftstück selbst nannte man einen „recessus scriptus loco oralis", wie man das vorhergehende Verhandeln vor Gericht, welches der Gerichtsschreiber niederschreiben mußte, auch wenn es schriftlich dem Gericht überreicht wurde, ein „Diktiren in die Feder" nannte, um immer noch den Schein zu wahren: es liege eine mündliche Verhandlung zu Grunde. Je mehr und je ausführlichere Schriften die Anwälte zu den Gerichtsbüchern brachten, desto dickleibiger wurden die Gerichtsbücher, sie wurden geradezu aufgetrieben. Da mußte man denn die „acta" theilen, und man schuf für jede Sache besondere „acta". Diese Akten waren aber in Wahrheit Skripten.

Nicht minder lehrreich als die Etymologie des Wortes „Akten" ist die des mehrfach eben von mir angewendeten Wortes „Protokoll". Wenn ich nicht vor längerer Zeit danach mich umgesehen hätte, den Ursprung dieses Wortes zu entdecken, so würde er mir wahr-

scheinlich ebenso räthselhaft sein, wie jetzt vielleicht Vielen von Ihnen. Der griechische Ursprung des Wortes liegt auf der Hand. Auch hat die erste Hälfte wenig Bedenken: daß πρῶτος der erste bedeutet, weiß Jedermann. Aber wie steht's mit dem κολλον? Sicher ist πρωτόκολλον das Neutrum von πρωτόκολλος, und dieses Wort ist ungefähr so gebildet, wie πρωτόπλαστος, πρωτόγονος. Κόλλα heißt der Leim, κολλᾶν heißt „leimen", πρωτόκολλον wäre also das Vorgeklebte, das Zuerstgeleimte. Damit sind wir noch nicht weiter gekommen. Wir wenden uns an unser Noth- und Hilfsbuch, an das Korpus juris. Da findet sich richtig eine Novelle Justinian's, die die Ueberschrift trägt: „De tabellionibus et ut protocollum dimittant in chartis". Es ist die Novelle 44 aus dem Jahre 537. Die Tabellionen sind die Notare. Die Novelle handelt also von den Notaren und will ihnen befehlen, ut protocollum dimittant in chartis.

Was heißt das, und was steht weiter in dieser Novelle? Der Kaiser befiehlt, daß die Notare ihre Reinschriften nur auf solchem Papier anfertigen sollen, welches in seinem Anfang — „in initio, quod vocatur protocollum" — den Namen des zeitigen Beamten „unseres heiligen Staatsschatzes" und die Zeit der Papieranfertigung angiebt.

Also jetzt wissen wir: der „Anfang" des Papiers, das die Notare gebrauchen, ist das Protokoll. Der „Anfang" wird wohl mit dem πρῶτος zusammenhängen. Und so ist es auch: „Protokollon" ist die auf das Papier des Notars aufgeklebte Stempelmarke, welche den comes sacrarum largitionum benennt.

So tritt also in dem Protokoll, wenn es richtig verstanden wird, sofort vor unser geistiges Auge die Geschichte der Notare, die Geschichte der Papierfabrikation, die Geschichte der Stempel, die Geschichte der Finanzminister von den Zeiten Justinian's bis zur Gegenwart. Die Notare Justinian's sollen die zu Anfang ihrer Notariatsurkunden aufgeklebten Stempelmarken unversehrt halten, wie umgekehrt heute unser comes sacrarum largitionum, unser Finanzminister, verlangt, daß die Stempelmarke durchstrichen und mit bestimmten Notizen versehen wird. Dasselbe Wort, was seiner Entstehung nach nur eine der Notariatsurkunde vorgeklebte Marke bezeichnet, übertrug sich dann auf die ganze Notariatsurkunde; für den Staat und seine Finanzen war ja auch die Marke die Hauptsache, das der Marke Nachfolgende die Nebensache. Das nur nebenbei als eine historische Reminiscenz, die uns zeigt, wie hier

der Ausspruch in Vilmar's „Namenbüchlein" eine treffende Analogie findet: „In einzelnen Namen tritt uns eine ganze Welt der Vergangenheit wie aus tiefem Dunkel entgegen, so daß wir ein nicht unbedeutendes Stück unserer sogenannten Kulturgeschichte allein an solchen Namen herabbuchstabiren können".

---

Nun wollen wir noch einleitungsweise einige der wichtigsten Prinzipien jeder Prozeßordnung betrachten, Prinzipien, die wir, wenn wir uns die Sache klar überlegen und uns eine Prozeßordnung zu schaffen hätten, sofort selber finden würden. Wir brauchen uns nur in die Lage hinein zu versetzen, Jemand von uns würde, ich will sagen, als ein Richter nach Afrika versetzt, und es würde ihm etwa das preußische Landrecht mit der Instruktion eingehändigt, nach diesem materiellen Rechte seine Urtheile zu sprechen, die Normen aber, wie zu prozediren, wie das Recht in Bewegung zu setzen sei, aus eigner Machtvollkommenheit zu bestimmen. Wir würden bald finden, daß der Richter wahrscheinlich nicht viel Anderes bestimmte, als was im Großen und Ganzen alle unsere Prozeßordnungen enthalten.

Der Prozeß ist in seinen Grundzügen eine außerordentlich einfache und recht sinnreiche Maschinerie oder Mechanik. Das punctum saliens bildet der Gerichtszwang, die Staatshoheit. Sie berechtigt denjenigen, der Prozeßgesetze giebt, anzuordnen, daß, wenn die für Handhabung des verletzten Rechtes gegebenen Normen vom Kläger nicht befolgt werden, der Rechtsschutz versagt wird, und daß, wenn sie vom Beklagten nicht befolgt werden, der Gerichtsvollzieher den Beklagten zwingt, den Kläger zu befriedigen.

Zwischen der Klagerhebung und der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers wandelt der Prozeß seinen Gang. Das sind die beiden Pole. Innerhalb dieser Bewegung legt das Gesetz den Parteien nothgedrungen eine Reihe Pflichten auf, die auf der einen Seite der Kläger, auf der andern der Beklagte bei Meidung des Prozeßverlustes erfüllen muß.

Welches sind diese Pflichten? Ich nenne Ihnen fünf als die wesentlichsten: zunächst die Behauptungs- oder Substanziirungspflicht, dann die Erklärungspflicht, dann die Beweispflicht, dann die Eidespflicht, endlich die Leistungspflicht. Dahinter steht die Drohung: wird der Leistungspflicht nicht genügt, so tritt der Gerichtsvollzieher in Thätigkeit.

Die **Behauptungs-** oder **Substanziirungspflicht** besteht darin: jeder der einen Prozeß führt, also voran der Kläger, hat die Pflicht, alle die Thatsachen dem Richter gegenüber zu behaupten, die seinen Anträgen zur Rechtfertigung dienen. Genügen diese Behauptungen nicht, so kommt es auf alles Weitere nicht an, der Prozeß geht für den verloren, der seiner Behauptungspflicht nicht ordnungsmäßig nachgekommen ist.

Diese Behauptungs- oder Substanziirungspflicht zu erfüllen, ist keineswegs immer einfach; sie gestaltet sich auch für ganz gleichgeartete Ansprüche je nach dem Gange, den der einzelne Prozeß nimmt, möglicherweise verschieden. Gesetzt, wir haben es mit einem Kaufvertrage zu thun, und der Kläger sagt: „ich verkaufte dem Beklagten einen Hut, der Preis war zu 12 Mk. verabredet", so kann das, was der Kläger vorgebracht hat, vollständig ausreichen zur Erfüllung seiner Substanziirungspflicht; es kann sich aber durch die Erklärung des Beklagten auch herausstellen, daß es nicht ausreicht. Entgegnet der Beklagte: „es ist nicht wahr, daß ich den Hut gekauft habe; wir haben nur in Vorverhandlungen gestanden; ein Kaufvertrag ist zwischen uns nicht zu Stande gekommen, der Hut war mir zu theuer; auf die Preisforderung des Klägers habe ich mich nicht zustimmend erklärt," dann ändert sich sofort die Behauptungs- resp. Substanziirungspflicht des Klägers; er muß nunmehr herausrücken mit den Thatsachen, die den Kauf „substanziiren", die dem Kauf die thatsächliche Unterlage, die ihm seine „Substanz" geben. Gesteht aber der Beklagte den Kauf zu, und wendet er sich nur etwa gegen die Höhe des Preises, dann hat der Kläger mit der einfachen Behauptung, der Beklagte habe von ihm einen Hut gekauft, seiner Substanziirungspflicht hinlänglich genügt. Es wäre keine empfehlenswerthe Leitung dieses Prozesses, wenn der Richter, ohne weiter in die von den Parteien geführten Verhandlungen einzudringen, die Entscheidung von einem etwaigen Eide des Beklagten abhängig machte, er habe den fraglichen Hut nicht gekauft. Das Richtige wäre vielmehr, wenn der Kläger nicht von selbst das Nähere über die Verhandlungen mit dem Beklagten bringt, darauf hinzuwirken, daß der Kläger vorträgt („substanziirt"), wie sich der Kaufabschluß abgespielt, was der eine und was der andere Theil gesagt hat, als sie über den Kauf des Hutes unterhandelten.

Die **Erklärungspflicht** besteht darin, daß jeder Beklagte

verpflichtet ist, sich dem Gerichtszwang zu fügen und auf die Klage eine Erklärung abzugeben, widrigenfalls er den Prozeß verliert. Diese Erklärungspflicht enthielten ältere Prozeßordnungen nicht immer. Es wurde z. B. im einstigen gemeinrechtlichen Prozesse angenommen, daß der Beklagte, wenn er sich nicht erklärte, Alles stillschweigend geleugnet habe. Dann hatte der Kläger den Beweis seiner Angaben zu führen. Wir haben auch Prozeßordnungen gehabt, nach denen der Beklagte dreimal, je in einer Frist von vierzehn Tagen oder vier Wochen aufgefordert wurde, sich zu erklären. In der That liegt es dem natürlichen Menschenverstande überhaupt nahe, sich gegen die Erklärungspflicht zu sträuben, indem er sagt: „es kann mir doch nicht jeder Beliebige einen Prozeß aufnöthigen; das wäre ja die größte Ungerechtigkeit; ich bin ein friedliebender Mensch, der Niemandem Unrecht thut, aber auch mit Niemandem im Prozeß leben will". Dieses an sich sehr erklärliche Sträuben gegen die Erklärungspflicht kann nicht köstlicher dargestellt werden, als es Fritz Reuter in einem seiner „Läuschen und Rimels" dargestellt hat. Nicht Ihnen Allen, meine Herren, wird es gegenwärtig sein. Hören Sie also: Der Major von Lüttmann hatte einen Kandidaten; bei einem Dejeuner des Hauses war der zugegen und mischte sich etwas vorlaut in die Unterhaltung. Der Major sah ihn mehrfach merklich an; aber der junge Herr verstand das nicht, und selbst als der Major die Tafel verließ, blieb der Herr Kandidat sitzen und sprach nicht blos weiter, sondern, wie es im Gedicht heißt: „aß auch weiter." Anderen Tages entließ ihn der Major des Dienstes. Der Kandidat hatte nichts Eiligeres zn thun, als sich an die Kanzlei in Mecklenburg — das war damals die Gerichtsstelle für den Adel — mit einer Klage zu wenden. Nun merken Sie auf, was Herr von Lüttmann über den Prozeß berichtet:

„Der Canzleidirektor ist mein alter Freund;
Ich schreibe denn an ihn, so wär' es nicht gemeint, . . .
Und en Prozeß wollt' ich durchaus nicht haben . . . .
Da, denken Sie, erhalt ich nach vier Wochen
Ein zweites Schreiben von der Canzelei
Und ward darin zum zweiten Mal geladen,
Und ich — ich wollt' ja nicht prozessen!
Ich schreib an den Director noch einmal . . . .
Und en Prozeß wollt' ich durchaus nicht haben.
. . . Doch nach acht Wochen,

Da kommt ein dicker Brief an mir . . . .
Da les' ich denn, ich bin verurtheilt,
Die ganze Summe und die Kosten —
Zusammen ein recht netter Posten —
Prozeß verloren, den ich gar nicht wollte.
Ich kuck den Brief wohl dreimal an —
Sie wissen, wie ich kucken kann —
Die Sache war ja längst begraben,
Und en Prozeß wollt' ich durchaus nicht haben,
Und nun trotzdem ihn doch verloren!
Das nennt man ein Gerichtsverfohren!"

Hierin haben wir die Auflehnung des naturwüchsigen, wenn auch gerade nicht allzu einsichtsvollen Menschen gegen den Satz der Prozeßordnung vor uns: jeder, der verklagt wird, ist infolge dessen verpflichtet, sich auf den Prozeß einzulassen, wenn er nicht riskiren will, schließlich verurtheilt und gepfändet zu werden. Diese Verpflichtung hat auch ihre großen praktischen Bedenken. An sich ist glücklicherweise die Menschheit in der Schlechtigkeit noch nicht soweit vorgeschritten, daß sie diese Erklärungspflicht nach allen Richtungen hin ausnutzt. Das könnte zu sehr üblen Dingen führen. Man denke nur, dieser oder jener Schurke, der nichts zu verlieren hat, vor allen Dingen nicht in der Lage ist, irgendwelche Prozeßkosten zu bezahlen, macht es sich zum Vergnügen, alle Welt zu verklagen auf niedrige wie auf hohe Summen. Das Ende vom Liede wäre: jeder Beklagte muß den Prozeß durchführen und hat seinerseits, auch wenn er obsiegt, die von ihm ausgelegten Prozeßkosten zu tragen. Der zahlungsunfähige Kläger kann sie ihm nicht abnehmen.

Die Erklärungspflicht zu erfüllen, ist oft ebensowenig einfach, wie es einfach ist, der Substanziirungspflicht zu genügen. Die Erklärungspflicht ist nicht etwa stets damit erfüllt, daß der Beklagte sagt: „ich leugne alle vom Gegner vorgebrachten oder ich leugne diese und jene der vorgebrachten Thatsachen". Es können Fälle vorkommen, in denen der verständige Richter den Beklagten anhalten muß, seinerseits neben dem Leugnen mit positiven Behauptungen herauszugehen, weil sonst nicht ausreichend klar ist, was der Beklagte mit seinem Leugnen hat sagen wollen. Wir werden das alsbald bei dem ersten Falle, den wir besprechen, näher kennen lernen.

Außer dem Bestreiten hat der Beklagte noch zwei Wege, sich zu vertheidigen. Er kann Rechtsausführungen vorbringen, d. h. er

kann den Richter durch Deduktionen zu überzeugen versuchen, daß die Thatsachen des Klägers aus Rechtsgründen der Klage keine hinlängliche Stütze gewähren. Solche Ausführungen sind streng genommen ein Ueberfluß; denn „jura novit curia," der Richter weiß Alles, was das Recht angeht; er braucht nicht durch die Parteien belehrt zu werden. Trotzdem kann es für die Parteien und für den Anwalt hier und da ganz räthlich sein, den Richter auf diesen und jenen Rechtspunkt aufmerksam zu machen. Das darf ihnen auch nicht verschränkt werden.

Ein drittes Schutzmittel des Beklagten ist, daß er geltend macht: „ich kann zwar weder deduziren, daß der Kläger Unrecht hat, noch kann ich bestreiten, daß das wahr ist, was er behauptet; aber ich kann Thatsachen vorbringen, welche das Recht des Klägers untergraben und dahin führen müssen, daß die Klage abgewiesen wird". Das sind die Einwendungen, oder noch präziser gesprochen, die Einreden des Beklagten. Und für sie gilt, was die Behauptungspflicht und was die Erklärungspflicht angeht, dasselbe wie für die Klage; denn excipiendo reus fit actor.

Von der Behauptungs- oder Substanziirungspflicht, ebenso von der Erklärungspflicht wird bei näherer Behandlung unseres ersten Falles vielfach die Rede sein. Ebenso wird hier schon die Beweispflicht sehr mit heranzuziehen sein. Die Thatsachen, welche der Richter für wichtig erkennt, damit der Kläger zu seinem Ziele kommt, die aber der Beklagte geleugnet hat, muß der Richter zu Beweis stellen, er muß verlangen, daß der Kläger seinen Beweis führe. Diese Beweispflicht hat sowohl der Kläger für das, was er zur Begründung seines Angriffs vorbringt, wie der Beklagte für das, was er zu seiner Vertheidigung anführt; denn wiederum: excipiendo reus fit actor.

Weiter haben wir es zu thun mit der Eidespflicht. Der Eid ist eines der Beweismittel für die Parteien. Daneben gibt es Augenschein, Urkunden, Zeugen, Sachverständige als Beweismittel. Das wesentlichste Beweismittel unter allen aber ist der Eid.

Auch die Eidespflicht hat ihre historische Entwickelung. Es gab alte Prozeßordnungen, welche die Sachlage ganz anders auffaßten, als die neueren. Unsere Vorfahren schätzten das feierlich gesprochene Wort des Mannes hoch: „ein Mann, ein Wort!" Wenn ein Kläger etwas vor Gericht behauptete, so galt das demgemäß

an sich schon durch die Behauptung eines ehrlichen Mannes als glaubhaft gemacht; zur Bestärkung konnte er noch einen Eid darüber schwören, oder er konnte Eideshelfer bringen, die ihm die behauptete Thatsache bestätigten. Dieser Gesichtspunkt der besonderen Bedeutung des deutschen Manneswortes ist noch lebend in einem Verhältniß, an das Sie schwerlich jetzt denken, in allen Beleidigungsangelegenheiten. Nach altdeutscher Auffassung war eine Beleidigung ein präsumtiv wahres Wort dessen, der sie gesprochen hatte. Sie sitzt auf dem Beleidigten, sie bringt hervor, daß der Beleidigte, wie der altdeutsche Prozeß sich ausdrückt, in seinem Landrecht beeinträchtigt ist, daß er sein Landrecht verloren hat; er ist nicht mehr ein frommer, ein freier, ein unbescholtener Mann; er ist vielmehr ein bescholtener Mann, und er kann erst wieder in sein altes Recht eintreten, wenn die Beleidigung von ihm weggeschafft ist. Da nun bei den alten Deutschen das „Schlagen" immer eine große Rolle spielte, so erachtete man es für nöthig, den Beleidigten „der Beleidigung zu entschlagen." Dieses Entschlagen geschah in alter Zeit durch den Zweikampf. Er ist die Entscheidung des Prozesses, und wenn der Kläger Sieger bleibt, hat er sich der Beleidigung entschlagen. Die Entschlagung geschieht aber später auch vor Gericht, und deshalb entschlägt das Gericht im Prozesse den Beleidigten der Beleidigung, wenn der Beleidiger sie nicht wahr macht. Ja, der Beleidiger muß sogar dazu herhalten, sich selbst zu schlagen; denn ich kann Ihnen ein Erkenntniß aus dem Jahre 1528 mittheilen, welches sagt: „Da der Beklagte einen Schaden auf die Klägerin nicht bringen konnte, ist vor Recht geweist, daß der Beklagte soll hertreten vor die Klägerin und soll sich dreimal auf seinen Mund schlagen; derhalben ist die Klägerin wieder in ihr Landrecht gesetzt, unschädlich an ihren Ehren und Glimpfen"[1]). Und über ein Erkenntniß, welches eine solche Entschlagung von der Beleidigung ausspricht — es stammt aus dem Jahre 1506 — berichtet das Gerichtsbuch[2]): „Das Gericht läßt die Entschlagung zu; nach solcher Entschlagung ist der Kläger wieder in sein Landrecht gesetzt und ist so fromm nach den Scheltworten als er davor gewesen, und mag nun wiederum gehen" — ich bitte,

---

[1]) Ztschr. für hessische Geschichte und Landeskunde. Neue Folge. Bd. 1, S. 26.

[2]) Stölzel, Gelehrtes Richterthum. Bd. 1, S. 475.

beachten Sie die schöne Alliteration — „zu Ruhme und Rathe, zu Kirchen und Klausen und zu allen Ehren."

Auf diesem Gesichtspunkte beruhte es auch mit, daß der deutsche Prozeß dem Kläger für seine eigenen Behauptungen den Eid anvertraute.[1]) Der Römer war vorsichtiger, und nach seinem Beispiele sind auch wir heute vorsichtig: nicht soll dem Kläger einfach an die Hand gegeben werden, daß er die Thatsache, die er behauptet, die seiner Klage die Stütze giebt, beschwört, und daß er so den Beklagten in die ungünstige Lage des Besiegten bringt; soviel Wahrheitsliebe kann dem Kläger unmöglich zugetraut werden. Der Beklagte ist der Angegriffene; deshalb in dubio pro reo: wenn der Kläger keine anderen Beweismittel hat, als den Eid, so wird zunächst nicht er zum Eid gelassen, sondern er hat nur das Recht, den Eid seinem Gegner zuzuschieben; der bekommt den Vorzug zu schwören, daß das nicht wahr ist, was der Kläger behauptet hat. Hierin liegt ein wichtiges Prinzip ausgleichender Gerechtigkeit. Das Gesetz sieht sich genöthigt, dem Beklagten die Pflicht aufzuerlegen, daß er sich auf jeden auch noch so unbegründeten Angriff des Klägers einlassen muß; der Beklagte muß dem Kläger Rede und Antwort stehen. Dagegen muß der Kläger in allen den Fällen, in denen er für seine Klagbehauptungen keinen anderen Beweis als den Eid hat, den Beklagten zum Eide über die Klagbehauptungen zulassen. Es ist somit ein unbestreitbares nicht gering anzuschlagendes Vorrecht des Beklagten, durch seinen Eid den Angriff des Klägers in jenen Fällen abzuschlagen. Zieht statt dessen der Beklagte vor, den Eid dem Kläger zurückzuschieben, erst dann darf der Kläger zum Eid gelassen werden. Das ist die Prozeßmaxime, die hinsichtlich der Eidespflicht auch in den gegenwärtigen Prozeß übergegangen ist.

---

Nach diesen einleitenden Bemerkungen werden wir im Stande sein, mit der Behandlung unseres ersten Rechtsfalles zu beginnen.

Der Fall betrifft, wie Sie aus dem Ihnen zugänglich gemachten Abdruck ersehen haben werden,[2]) die Entnahme eines Hutes aus

---

[1]) Fälle, in denen der Kläger seine Klagbehauptungen beschwört, s. z. B. in Gerichtsverhandlungen der Jahre 1406 und 1518 bei Stölzel, Gelehrtes Richterthum Bd. 2 S. 88 und 74. Außerdem zu vergl. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im MA. 2. Bd. S. 1 ff.

[2]) Vergl. das Beilageheft Seite 3 unter I.

einem Hutladen und einen Streit über die Höhe des zu zahlenden Preises. In dem Rechtsgeschäfte, das hier in Frage steht, werden Sie alsbald geneigt sein, einen Kauf zu erblicken. Diesem Geschäfte habe ich den Fall entlehnt, weil es das im täglichen Leben am häufigsten vorkommende Geschäft ist. Wohl reichlich die Hälfte aller Prozesse hat einen Kauf zum Gegenstande. Und diese Kaufprozesse spalten sich in vier große Gruppen: in Streitigkeiten über die Frage des Zustandekommens eines Kaufes (über den Kaufabschluß), über die Preisbestimmung, über die erfolgte Lieferung des Kaufgegenstandes und über die nach der Lieferung aufgetauchten Fehler. Unser Fall dreht sich im Wesentlichen um die Preisbestimmung, vielleicht auch um die Frage des Kaufabschlusses. Aus den Thatsachen unter I, das heißt aus der dem Anwalte des Huthändlers ertheilten Instruktion wollen wir, wie aus einem Spinnrocken den Faden spinnen, den wir auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Prozeßweg von seinem Anfang bis zu seinem Ende fortführen. Sie haben zu prüfen, ob die Instruktion unter I Ihnen vollständig genug erscheint, oder ob und inwiefern sie Ihrer Meinung nach noch der Ergänzung bedarf. Die weiter Vorgeschrittenen unter Ihnen werden sich auch die Frage vorlegen, ob der Gang des Prozesses unter II, der Ihnen alsbald der Vergleichung halber mitgetheilt worden ist,[1]) nicht Mängel aufweist, die bei einer ordnungsmäßigen Entwicklung des aus den Thatsachen unter I herauszuspinnenden Prozesses vermieden werden müssen. Um für die ersten Male eine gewisse Direktive zu geben, habe ich unter I und unter II am Schluß bestimmte Fragen formulirt, auf deren Beantwortung hinzuzielen ist. Die schriftlichen Bearbeitungen können mir die Herren, welche solche liefern wollen, im Laufe der Woche zusenden oder das nächste Mal mitbringen. Beachten Sie aber immer: in allen gedruckten Beispielen, die ich Ihnen gebe, liegen Fehler versteckt; immer haben wir es mit Patienten zu thun.

[1]) Siehe oben Seite 23. 24.

# 3.

Auf dem ersten Ihnen ausgehändigten Druckblatte ist unter I ein Sachverhalt mitgetheilt, den Sie sich werden eingeprägt haben: Brede entnimmt dem Laden des Knod einen Hut. Der angemessene und übliche Preis eines solchen Hutes ist 15 Mk. Als es einige Zeit nachher an Zahlung des Preises gehen soll, will Brede nur 12 Mk. zahlen, da Knod nur soviel für den Hut verlangt habe. Knod entgegnet, über den Preis des Hutes sei gar nicht gesprochen.[1])

Denken Sie sich, daß Knod, der nunmehr Brede verklagen will, das unter I des Druckblattes Mitgetheilte, wie Sie es vor sich haben, seinem Anwalte auf dessen Wunsch zur Instruktion niedergeschrieben hat. Der Anwalt steht vor der Erwägung, wie er die Sache anfassen soll.

Wir werden den Fall zunächst kursorisch, dann aber wissenschaftlich und schulgerecht im Hinblick auf die fünf Stationen des Prozesses betrachten, die uns durch die Substanziirungs-, die Erklärungs-, die Beweis-, die Eides- und die Leistungspflicht vorgezeichnet sind. Was Knod seinem Anwalte als Instruktion gegeben hat, ist gewissermaßen der Spinnrocken, aus welchem heraus wir den feinen Faden des Prozesses von seinem ersten Beginne bis zu seinem Ende spinnen wollen. Deshalb lautet auch die auf dem Druckblatte formulirte Frage:

In welcher Gestalt wird sich der Prozeß abwickeln, und welche Entscheidung ist vorauszusehen?

(wobei hinzugefügt ist, daß Zeugen bei dem Handel nicht zugegen waren).

Es wird uns bald klar werden, daß erst der beginnende Prozeß es ist, welcher den an sich formlosen Streitstoff in Bewegung bringt, ihm Leben verleiht.

Auf den ersten Blick erkennt Jeder, der die Instruktion Knod's

---

[1]) Siehe hierzu das Beilageheft S. 3.

mit Aufmerksamkeit überliest: der entscheidende Punkt bei dem künftigen Prozesse muß sein, ob Brede für den Hut 15 Mk. oder 12 Mk. zu zahlen hat. Da weiter die Parteien darüber streiten, ob Knod 12 Mk. für den Hut verlangt hat, oder ob zwischen ihnen über den Preis nichts verhandelt ist, und da sonstige Beweismittel nicht vorhanden sind, so wird es in Betreff des Preises zu einem Eide kommen. Aber über welche Thatsache ist der Eid aufzuerlegen, wer hat den Eid zu leisten, und wie ist er zu fassen? Darüber müßten wir gänzlich im Dunkeln tappen, wenn wir nicht ausgehen von der Substanziirungspflicht; denn die Eidespflicht wird bestimmt durch die Beweispflicht und diese durch die Erklärungs- und Substanziirungspflicht. Vielleicht könnte sich auch noch die Frage ergeben: Haben denn die Parteien, wenn sie über einen Preis nicht verhandelten, überhaupt einen Kauf abgeschlossen? Auf die drei gestellten Fragen kann nur eine juristisch-technische Erörterung des ganzen Streitfalles befriedigend antworten. In die Erörterung hierüber gedenke ich die Besprechung der durchgesehenen schriftlichen Arbeiten einzuflechten, dann Ihnen meine Ansicht vorzutragen und schließlich die Sätze zu formuliren, welche wir als das Resultat unserer Besprechung uns zu merken haben.

Die durch die Behauptungs- oder Substanziirungspflicht bedingte erste Prozeßstation, mit der wir uns beschäftigen müssen, ist die Station der **Klagbegründung**: der Anwalt Knod's hat sich zu fragen, ob ihm die Instruktion seines Auftraggebers ausreichendes Material liefert, eine ordnungsmäßige Klage dem Gerichte vortragen zu können. Ehe er den Prozeß beginnt, kann der Anwalt nicht vorsichtig genug in Ermittelung der Thatsachen sein, welche dem Prozesse zur Grundlage dienen sollen. Vorliegend wird der Anwalt wünschen zu erfahren, wann der Hutkauf stattgefunden hat, was für ein Hut gekauft sei — beides gehört zur näheren Substanziirung des geschlossenen Geschäftes — er wird auch Knod darauf aufmerksam machen, daß gewöhnlich Hutkäufe nur mit Abrede eines bestimmten Preises eingegangen werden[1]), daß beim Mangel einer solchen Abrede

[1]) Es hat zwar neuerdings Fitting, Ztschr. für Civilprozeß Bd. 13, S. 39 ausgeführt: „Weil es üblich ist, Geschäfte solcher Art (Bestellung von Stiefeln bei einem Schuster) ohne besondere Preisverabredung zu schließen, so braucht der Kläger zu genügender Begründung der Klage die Verabredung des geforderten Preises gar nicht anzuführen." Dem ist indeß nicht beizutreten: die

die Annahme nahe liege, es sei der Handel noch nicht fest abgeschlossen, daß also — wenn ohne stattgehabte Preisabrede doch ein festgeschlossener Handel behauptet werde — dieser feste Abschluß durch besondere Thatumstände dargelegt werden müsse. Ein solcher Thatumstand sei namentlich darin zu erblicken, daß Brede nach Knod's Mittheilung den fraglichen Hut mit- und in Gebrauch genommen habe. Die Angabe der Instruktion aber: „Brede kauft sich . . . einen Hut," bedürfe der Erläuterung; es könne gerade zweifelhaft werden, ob ein Kauf wirklich zu Stande gekommen sei; darum werde Knod wohl thun, den thatsächlichen Vorgang anzugeben, aus dem zu schließen sei, daß Brede „gekauft" habe; wahrscheinlich werde Brede im Laden des Knod erklärt haben, er wünsche einen Hut zu kaufen, und Knod habe ihm darauf den Hut eingehändigt. Wenn Knod dies bestätigt und auch sonst seinem Anwalte die gewünschte Auskunft über die Zeit und den Gegenstand des Kaufs ertheilt, sieht sich der Anwalt im Stande, der Klage die ihm erforderlich scheinende thatsächliche Grundlage zu geben.

Im heutigen Prozesse hat freilich die Klagschrift nicht mehr die Bedeutung wie in demjenigen älteren Prozesse, der nur in Schriften verhandelt wurde; hier war die Klage der vornehmlichste Schriftsatz. Der heutige Prozeß soll in der mündlichen Verhandlung ruhen, die einen einheitlichen Akt darstellt. Nur damit die Parteien nicht sich und das Gericht allzusehr mit Dem überraschen, was sie vorbringen, sind „vorbereitende Schriftsätze" zugelassen, welche enthalten „sollen" [1]):

1. Die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes;

2. die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;

---

unterstellte Ueblichkeit besteht keineswegs, wie die tägliche Erfahrung lehrt. Würden aber in der That mehr Käufe zum angemessenen Preise (ohne Preisabrede) als Käufe zu verabredetem Preise geschlossen, so folgte daraus mit nichten, daß für den Abschluß eines Kaufs zu angemessenem Preise zu vermuthen wäre. (Siehe unten Seite 56.)

[1]) „Soll" bedeutet in der Sprache der C.P.O. eine instruktionelle Vorschrift, deren Hintansetzung der Partei unschädlich ist; „muß" bedeutet eine Zwangsvorschrift, deren Hintansetzung der Partei Nachtheile bringt.

3. die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;

4. die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;

5. die Bezeichnung der Beweismittel ...., sowie die Erklärung über die vom Gegner bezeichneten Beweismittel;

6. in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in andern Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder ihres Vertreters (§ ~~121~~ C.P.O.). 130

Die Klagschrift insbesondere „muß“ enthalten: 1. die oben unter 1. hervorgehobenen Momente, 2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und Grundes des Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag, 3. die Ladung des Beklagten zu dem gerichtsseitig zu bestimmenden Termine (§ ~~230~~ C.P.O.). 214 ff.

Diesen Erfordernissen würde der Anwalt Knod's, um eine Klagschrift anzufertigen, ohne Weiteres auf Grund der schriftlich ertheilten Instruktion haben genügen können. Aber ein sorgsamer Anwalt beschränkt sich auch im heutigen Prozesse nicht darauf zu ermitteln, was er nöthig hat, um für seine Partei die Klagschrift zu verfassen. Er ermittelt auch, ehe er die Klage erhebt, eingehend und speziell die ganze Sachlage, um alsbald von Anfang an beurtheilen zu können, welche Aussicht seine Partei hat, im Prozesse zu siegen. Nur wenn er dies thut, kann er gewissenhaft seiner Partei rathen, die Gefahr des Prozesses zu laufen.

Unvereinbar mit dem Grundprinzipe des heutigen Prozesses, mit dem Prinzip der mündlichen Verhandlung, ist glücklicherweise die Zurückweisung der Klage, ehe sie überhaupt dem Gegner mitgetheilt wird (die Klagabweisung a limine). Allzu skrupulösen oder allzu gewissenlosen Richtern ist dadurch ein Mittel entzogen, die Parteien in der Erlangung ihres Rechtes vexatorisch Schwierigkeiten zu bereiten. Kannte ich doch z. B. einen älteren Richter, der mir sagte: „zunächst weise ich jede Klage ab, dann habe ich mindestens vier Wochen davor Ruhe, und die Parteien vergleichen sich vielleicht, wenn sie die Sache sich noch einmal überlegen.“ Die Abweisungsgründe wuchsen diesem Richter natürlich wie Brombeeren. So belehrte er einst einen alten Auszügler, dem sein Sohn vertragsgemäß allwinterlich eine Klafter Brennholz zu liefern hatte, aber nicht lieferte, daß die Klage auf Lieferung des Holzes abzuweisen sei, „weil nicht erhelle, weshalb der

Kläger nicht Kohlen fordere"! Aber die Neigung, Klagen abzuweisen ohne genügenden Grund, ist nicht verschwunden mit dem schriftlichen Prozesse. Ihr wird von manchem Richter heute unter der Herrschaft des mündlichen Prozesses nach Schluß der Verhandlung ebenso gefröhnt, wie früher unter der Herrschaft eines Prozesses, der die Abweisung a limine zuließ. Vor dieser Neigung muß man sich hüten. Sie beruht auf einer mißbräuchlichen Anwendung der Richtergewalt. Der Richter „hat" auf Erläuterung unklarer wie auf Ergänzung ungenügender Parteiangaben „hinzuwirken" (§ 130 C.P.O.), 139
er hat den Parteien hilfreiche Hand zu leisten, daß sie sich auseinandersetzen, nicht hat er sie wegen vermeintlicher Unvollständigkeit ihrer Behauptungen von sich fern zu halten. Auch hier trifft Ofner das Richtige, wenn er sagt[1]):

„Der Jurist, der die Hochschule verläßt, hat nicht bloß keine Ahnung von der geringsten Form der Prozedur, sondern keine Ahnung von der Denkweise, welche ihm als Praktiker nothwendig ist; er verläßt die Hochschule als reiner Scholar. Die üblen Folgen dieses Dogmatismus sehen Sie oft genug bei Anfängern in der Judikatur, welche die Blüthe der richterlichen Thätigkeit in der Auffindung von Abweisungsgründen finden. Mehrere Abweisungsgründe werden fein säuberlich nach einander angewendet, und man sonnt sich dann im Vollgefühle des eigenen Scharfsinnes und vergißt oder hat niemals begriffen, daß man damit wohlerworbene Rechte, Lohn für ehrliche Arbeit vorenthält."

Also auch um solche Neigungen zur Abweisung nicht aufkommen zu lassen, empfiehlt es sich, mit Genauigkeit als Anwalt die Klagen zu begründen.

Die Klage, die wir in Sachen Knod gegen Brede erheben wollen, bietet nur nach einer Richtung eine Schwierigkeit: genügt es für den Kläger, um seinem Anspruche auf 15 Mk. das ausreichende Fundament zu geben, wenn der Kläger behauptet, „den fraglichen Hut gekauft zu haben," und wenn er dabei lediglich hinzufügt, „der angemessene Preis des Hutes betrage 15 Mk."? Oder muß der Kläger noch dafür eine thatsächliche Grundlage bringen, daß er überhaupt den angemessenen Preis fordert? Muß er darlegen und nöthigenfalls

---

[1]) A. a. O. S. 26.

den Beweis übernehmen, daß über den Preis nichts gesprochen, also daß ein Preis nicht verabredet ist?

Wendet der Beklagte nichts gegen den Klaganspruch an sich ein, sondern beschränkt er sich z. B. darauf zu behaupten, er habe gezahlt, dann würde natürlich dem Kläger die mangelhafte Begründung der Klage nichts schaden; denn nach ihren Mängeln hätte der Richter nicht weiter zu forschen, wenn der Beklagte zugiebt, aus dem Hutkauf dem Kläger 15 Mk. als Preis schuldig geworden zu sein. Vollständig ändert sich aber die Rechtslage, sobald der Beklagte sich dagegen wehrt, Schuldner des Klägers zu 15 Mk. aus einem Hutkauf geworden zu sein. Dann hat der Richter zu prüfen, ob die Klagthatsachen den Schluß rechtfertigen, der Beklagte schulde dem Kläger die geforderten 15 Mk. Kaufgeld. Und bei dieser Prüfung tritt zu Tage, daß, im Falle die Klage sich auf obige beiden Angaben beschränkte, ein solcher Schluß ungerechtfertigt wäre. Das Vorbringen allein, Jemand habe in einem Laden einen Hut „gekauft", dessen angemessener Preis 15 Mk. sei, zwingt keineswegs zu dem Schlusse, der fragliche Hut sei für 15 Mk. gekauft. Das Vorbringen des Klägers zerfällt in zwei Theile; erstens macht Kläger geltend, der Hut sei vom Beklagten „gekauft", zweitens, „der angemessene Preis des Hutes sei 15 Mk." Nur in dem letzteren Vorbringen liegt das Geltendmachen einer Thatsache. Das erstere Vorbringen ist nicht das Geltendmachen einer Thatsache. Es ist das Geltendmachen eines juristischen Schlusses aus Thatsachen, die vorläufig noch im Nebel verborgen liegen und daraus hervorgezogen werden müssen, ehe von einer Beweiserhebung die Rede sein kann. Denn eine Beweiserhebung findet nur über Thatsachen statt. „Gekauft" hat nur derjenige einen Hut, der mit seinem Verkäufer über den Preis des Hutes einig geworden ist: nulla venditio sine pretio! Darüber, daß Jemand „einen Hut gekauft" hat, kann, wenn die Betheiligten über den Preis streiten, niemals ein Beweis, niemals ein Eid auferlegt werden. Ein Beschluß: es sei darüber Beweis zu erheben, 1. daß Beklagter bei dem Kläger den fraglichen Hut gekauft habe, 2. daß der angemessene Preis 15 Mk. sei, wäre ein unbrauchbarer Beweisbeschluß. Vor solchen Mißgeburten von Beweisbeschlüssen kann nicht genug gewarnt werden; es fehlt zu 1 an den greifbaren Thatsachen. Die behauptete Preisangemessenheit ist zwar eine Thatsache, und sie könnte Gegenstand des Beweises sein, aber sie begründet im Zusammen-

halt mit der in der Luft schwebenden Angabe, der Hut „sei gekauft", nimmermehr eine Kaufklage auf 15 Mk. als den angemessenen Preis. Erst dann ist die Begründung des Anspruchs auf einen solchen Preis vorhanden, wenn der angemessene Preis als der vereinbarte dargelegt, wenn er als solcher mit dem vom Kläger geltendgemachten Kaufe durch Darlegung der näheren Vorgänge in Beziehung gesetzt wird. Dies kann nur dadurch geschehen, daß der Kläger weiter thatsächlich erläutert, inwiefern der Kauf mit 15 Mk. als maßgebendem Preise zu Stande gekommen ist. Hierzu gehört eine Mittheilung über die Kaufverhandlungen, welche erkennen läßt, daß die Parteien auf den angemessenen Preis als Kaufpreis sich einigten, entweder ausdrücklich oder thatsächlich. Letztern Falls ist weiter die Darlegung erforderlich, daß beim fraglichen Kaufe beiderseits über den Preis nichts erklärt worden ist. Keineswegs erscheint etwa im Rechte oder in der Natur der Sache die Vermuthung begründet, ein Hut werde zum angemessenen oder üblichen Preise gekauft.

Das Eigenthümliche unserer Klage könnte man nach dem Gesagten darin erblicken, daß zu ihrer Begründung die Behauptung einer Negative (der nicht stattgehabten Preisabrede) gehöre. Das wäre an sich nichts besonders Auffälliges; es giebt manche Klagen, zu deren Begründung Negativen darzulegen sind. Aber bei genauer Erwägung ist zur Begründung unserer Klage eine Negative nicht einmal nöthig. Es kommt nur darauf an, den Sachverhalt, der unserm Hutkauf zu Grunde liegt, eingehend genug darzustellen. Sagt Kläger: „Zwischen mir und dem Beklagten hat sich Folgendes zugetragen: am . . . kam der Beklagte in meinen Laden; er forderte einen Cylinderhut, probirte einige der ihm meinerseits vorgelegten Hüte auf und erklärte, als er einen passenden gefunden hatte, den nehme er; mit den Worten, andern Tags werde er den Preis zahlen, ich möge ihm so lange den alten Hut verwahren, den er auf dem Kopfe trug, verließ er meinen Laden und setzte den neuen Hut auf", so wird Niemand zweifeln, daß Kläger behaupten will, der Vorgang habe sich abgespielt, ohne daß über die Höhe des Hutpreises gesprochen sei. Die Erwiderung des Beklagten muß demnach, wenn der Beklagte sich auf die Klage speziell erklären und geltend machen will, bei dem Vorgange habe der Kläger 12 Mk. für den Hut verlangt, so lauten: „Wie Kläger es darstellt, hat sich unser Handel nicht abgespielt; ehe ich dem Kläger sagte, ich nähme den Hut, hat

der Kläger gesagt, der Hut koste 12 Mk." Die Differenz der beiderseitigen Darstellung beruht also darin, daß Knod behauptet, an die Auswahl des Hutes habe sich unmittelbar die Erklärung Brede's geschlossen, er nehme den Hut, während Brede behauptet, der letzteren Erklärung sei erst die Erklärung Knod's vorhergegangen, der Hut koste 12 Mk.; diese Erklärung habe sich zwischen die vollzogene Auswahl des Hutes und Brede's Erklärung, er nehme den Hut, geschoben. Bis auf diese Differenz sind die Parteien einig. Davon, wer mit seiner Behauptung Recht hat, hängt die Prozeßentscheidung ab. Bringt nun der Kläger im Prozesse vor, der Hut sei ohne stattgehabte Besprechung des Preises vom Beklagten gekauft, so liegt in der damit behaupteten Negative nur eine Zusammenfassung, eine abgekürzte Darstellung der vorgekommenen Einzelumstände; es ist bequemer und einfacher zu behaupten: „wir haben bei unsern Verhandlungen über den Preis nicht gesprochen," als die Spezialitäten der Verhandlungen so darzulegen, daß daraus erhellt, es sei über den Preis nicht gesprochen. Nehmen wir an, es seien über die stattgehabten Verhandlungen Zeugen vom Kläger benannt und das Gericht fordere die nach Erklärung beider Parteien beim ganzen Handel von Anfang bis zu Ende gegenwärtig gewesenen Zeugen auf, die Verhandlungen in aller Ausführlichkeit darzustellen. Bekundeten dann die Zeugen das, was wir eben als spezielle Behauptungen des Klägers hingestellt haben, so würde der Richter kein Bedenken tragen, als erwiesen anzunehmen, daß eine Preisabrede nicht stattgefunden habe; vorsichtshalber würde er vielleicht noch jeden Zeugen fragen, ob das von ihm Bekundete in der That Alles enthalte, was zwischen den Parteien gesprochen sei, ob nicht etwa der Kläger innerhalb des Gesprächs erklärt habe, der Hut koste 12 Mk.; nöthig wäre eine solche Frage kaum. Wir sehen demnach, daß es nur auf die Art der Klagdarstellung ankommt, ob man darin die Behauptung einer negativen Thatsache neben positiven Thatsachen oder die Behauptung lediglich positiver Thatsachen finden kann. Mit der Berufung darauf, der Kläger brauche Negativen nicht zu behaupten, läßt sich also (unterstellt der Satz wäre richtig) nichts beweisen für die Frage, ob vorliegend aus der Klage erhellen muß, daß der angemessene Preis der vereinbarte sei. Erst durch die Darlegung einer solchen Vereinbarung ergiebt sich die Begründung der Klage.

Von den Verfassern der sieben durchgesehenen Arbeiten haben

die drei älteren das Richtige getroffen, indem sie vom Kläger die Darlegung verlangen, daß ein Preis nicht verabredet sei. Die vier jüngern haben sich darauf beschränkt, die Klage nach dem Muster des Falles II unseres Druckblattes[1]) zu formiren, und sie haben insofern ihre Aufgabe gelöst.[2]) Sämmtliche sieben Arbeiten sehen davon ab, den gekauften Hut näher zu bezeichnen. Sie greifen auch insofern fehl, als sie gemeinsam den Beweis über die Angemessenheit des geforderten Preises durch einen Sachverständigen antreten lassen, aber sich nicht darüber aussprechen, wie ein Sachverständiger ohne Vorlage des im Besitze des Beklagten befindlichen Hutes im Stande sein könne, die Angemessenheit des Preises zu beurtheilen. Es hätte also entweder ein Sachverständiger, der den fraglichen Hut kennt, also ein sachverständiger Zeuge[3]), benannt oder es hätte ein Antrag gestellt und begründet werden müssen, den Beklagten zur Vorlage des Hutes anzuhalten. Auch blieb noch der Ausweg, den Kläger aus seinem Laden einen Hut gleicher Qualität, wie der verkaufte es war, vorlegen und den Beweisantritt auf die Gleichartigkeit der beiden Hüte erstrecken zu lassen.

Den Vorschriften der C.P.O. über den Inhalt der Klagschrift würde es allerdings genügen, wenn — in Uebereinstimmung mit einer der vorgelegten Arbeiten — der Kläger sich darauf beschränkt zu sagen, der Beklagte schulde ihm für einen gekauften Hut 15 Mk. Hier wollen wir aber die Klage so bauen, als handle es sich darum, sie in der mündlichen Verhandlung tadellos vorzutragen. Die Anwälte verfahren bei Anfertigung der vorbereitenden Klagschriftsätze je nach ihrer Persönlichkeit und je nach dem Prozesse verschieden, an den sie etwa noch aus der Zeit vor Einführung der C.P.O. gewöhnt sind. In den Landestheilen des ehemaligen schriftlichen Prozesses hielt man es vielfach nach wie vor für räthlich, in der Klagschrift die klagbegründenden Thatsachen genau substanziirt aufzunehmen. Am Rhein, wo man schon länger mit Vorliebe den Schwerpunkt des Prozesses für die mündliche Verhandlung auffspart, beschränkt man sich — nicht zum Vortheil der Prozesse — auf das Nothdürftigste in den Schriftsätzen; dabei formulirt man Klagbitten mit den ante-

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 3.

[2]) Vergl. oben S. 23. 24.

[3]) Ueber Sachverständige und sachverständige Zeugen siehe des Nähern unten Rechtsfall IIIa.

diluvianischen Eingangsworten: „Das Gericht wolle beurkunden," — als stelle heute noch das Gericht wie in altgermanischer Zeit „Urkunden" über das von ihm Verhandelte und Geschehene aus[1]), während es „Urtheile" spricht — und man läßt diese Klagbitten in ermüdender Breite fast den ganzen Inhalt der Klage wiederholen, statt die Klagbitten auf das eigentliche Ziel der Klage zu beschränken und deshalb in eine möglichst knappe Form zu fassen.

Unsere Klage würde etwa zu lauten haben:

„Der Beklagte verlangte am 12. Dezember 1893 im Laden des Klägers einen schwarzen Cylinderhut neuster Façon, suchte sich einen solchen Hut aus und nahm diesen vom Kläger ihm überlieferten Hut unter Zurücklassung des Hutes, den er auf dem Kopfe trug, mit sich, indem er dem Kläger erklärte, er habe kein Geld bei sich, werde aber andern Tages den Preis zahlen. Ueber die Höhe des Preises haben die Parteien nicht gesprochen.[2]) (Beweis: Eid.)

Der angemessene und übliche Preis eines solchen Hutes ist 15 Mk. (Beweis: Sachverständiger Hutmacher N., welcher den vom Beklagten gekauften Hut gesehen hat, eventuell welchem der Beklagte den Hut vorzulegen hat).

Da Zahlung nicht erfolgt ist, wird gebeten, den Beklagten zu verurtheilen, dem Kläger 15 Mk. zu zahlen und die Prozeßkosten zu tragen, auch das Erkenntniß für vorläufig vollstreckbar zu erklären."

Es kommt uns nun darauf an, den rechtlichen Taufakt an dieser Klage zu vollziehen. Man sollte kaum glauben, daß Jemand zweifeln könnte, es handle sich um die Klage aus einem Kaufe. Aber weder sind in Fällen dieser Art die Juristen überhaupt, noch sind in unserm Falle speziell die sieben Juristen, die ihn bearbeitet haben, über die Natur der Klage einig. Es findet nämlich in Theorie wie Praxis die Meinung Vertretung: wenn eine Preisverabredung unter den Parteien fehle, könne von einem Kaufe nicht die Rede sein. Denn nicht blos in den Pandekten gelte der Satz: sine pretio nulla venditio est[3]), ebenso sage das Preuß. Allgemeine Landrecht, der Kauf-

---

[1]) Siehe oben S. 40.

[2]) Die letztere Thatsache könnte man in der vorstehenden Darstellung schon behauptet finden; immerhin ist es räthlich, die Behauptung direkt aufzustellen. Daß ein Hut „gekauft" werden sollte, liegt zweifellos in den vorgebrachten Thatsachen; eine darauf zielende Behauptung war entbehrlich.

[3]) Ulpianus in l. 2 § 1 Dig. de contrahenda emptione (18, 1); § 1 Inst. de emptione (3, 24).

vertrag sei ein Vertrag, „wodurch der Eine zur Abtretung des Eigenthums einer Sache, der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichte" (I. 11 § 1), zum Abschlusse jedes Kaufs sei erforderlich, daß der Verkäufer, der Käufer, die Sache und der dafür zu erlegende Preis hinlänglich bestimmt seien (I. 11 § 12); „mangele es an diesen Erfordernissen, so sei der Vertrag für nicht geschlossen zu erachten" (I. 11 § 15). Und ebenso sage der Code civil, der Kaufvertrag sei „unter den Parteien vollkommen, sobald man über die Sache und den Preis übereingekommen" (art. 1583); „der Kaufpreis müsse von den Parteien bestimmt und genau angegeben werden" (art. 1591).

Nach dieser Meinung würde Brede von Knod unsern Hut nicht „gekauft" haben. Immerhin würde er den „Werth" des Hutes bezahlen müssen, weil der Hut in sein Vermögen aus dem Vermögen Knod's „verwendet", weil sein Vermögen um den Werth des Hutes „bereichert" worden ist; Brede hätte mit Knod keinen Kaufvertrag, sondern er hätte mit ihm einen namenlosen Vertrag, einen sogenannten „Innominatkontrakt" abgeschlossen; er hafte deshalb dem Knod wohl aus der Innominatkontraktsklage (der actio praescriptis verbis), nicht aber mit der Kaufklage. Das sollen sogar die praktischen Römer gelehrt haben, wie z. B. Vangerow mit Berufung auf verschiedene Institutionen- und Pandektenstellen annimmt[1]). Ich werde Sie sonst zwar nicht mit der Interpretation solcher Stellen quälen; in diesem Falle ist es aber doch nicht ohne Interesse, die Stellen einmal näher anzusehen. Es sind ihrer vier. Die erste Stelle wirft die Frage auf, ob ein gültiger Kaufvertrag vorliege, wenn Jemand eine Sache für soviel kaufe, als ein Dritter sie schätzen werde[2]). Der Jurist entscheidet: wenn der Dritte die gestellte Bedingung erfüllt, so wird der Kauf wirksam[3]), wenn der Dritte die Bedingung nicht erfüllt, so ist der Kauf „pro nihilo". Die zweite und die (gleichlautende) dritte Stelle lehrt, daß, wie der

---

[1]) Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Bd. 3, § 632. Anm. I. 2. b. (7. Auflage, S. 427) mit Berufung auf 1) § 1 D. de emtione (3,24); 2) pr. J. de loc. et cond. (3,25); 3) l. 2 pr. D. loc. cond. (19,2); 4) l. 35 § 1 D. de contr. empt. (18,1).

[2]) ut quanti Titius aestimaverit, tanti sit empta.

[3]) ... venditio ad effectum perducatur emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente.

Kauf durch Vereinbarung über den Preis, so die Miethe durch Vereinbarung über den Miethszins abgeschlossen werde[1]). Die vierte Stelle erklärt einen Kauf für imperfekt, der dahin gehe, der Käufer solle zu dem Preise gekauft haben, den er zahlen wolle, oder den er für angemessen halte[2]).

Die erste Stelle enthält eine sehr verständige Folgerung aus dem Satze, daß ein bedingtes Geschäft zerfalle, sobald feststeht, daß die Bedingung nicht eintritt. Wer gekauft hat zu einem von A. zu bestimmenden Preise, hat nicht gekauft, sobald A. sich weigert, den Preis zu bestimmen; denn, geschieht dies, so fehlt es eben an einem Preise, für welchen gekauft sein könnte. Zum „angemessenen" oder „üblichen" Preis hat weder der Verkäufer verkaufen, noch der Käufer kaufen wollen. Es ist ein Kauf überhaupt nicht zum ordnungsmäßigen Abschluß gediehen; ein Hauptpunkt, die Preisfestsetzung, mangelt. Der römische Jurist will also nicht etwa sagen: es liegt in solchem Falle statt eines Kaufes ein Innominatkontrakt vor, sondern er will sagen: es ist überhaupt ein Kontrakt nicht zu Stande gekommen. Damit stimmt vollständig zusammen, wenn die zweite und die dritte Stelle den Abschluß eines Kaufs und einer Miethe von der Einigung über den Preis abhängig machen; mit demselben Rechte hätte der Jurist den Abschluß des Kaufs von der Einigung über die Waare und den Abschluß der Miethe von der Einigung über den Miethgegenstand abhängig machen können. Die vierte Stelle endlich, nach der ein Kauf nichts gilt, durch welchen der Käufer sich verpflichtet, einen nach s e i n e m Ermessen festzusetzenden Preis zu zahlen, ist eine nothwendige Folgerung aus dem obersten Satze der gesammten Vertragslehre, daß man sich nicht „verpflichten" kann zu leisten, was man selber zu leisten für gut findet. In beiden Fällen fehlt für die Verpflichtung der nothwendige Inhalt; wer verspricht zu leisten, was er leisten will, verspricht eben so gut als nichts; er verspricht etwas gänzlich Unbestimmtes; eine Verpflichtung zu nichts oder zu etwas Unbestimmtem, lediglich vom Willen des Verpflichteten Abhängigem ist eben k e i n e Verpflichtung; sie bindet den Verpflichteten nicht; sie macht ihn zu einem nur scheinbar Verpflichteten; sie hat

---

1) emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio contrahitur . . locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.

2) Quanti velis, quanti aequum putaveris, habebis emptum, imperfectum esse negotium.

keinerlei Existenz; das Recht schützt sie nicht; nur Thoren gehen eine solche Verpflichtung ein; sie ist ebenso pro nihilo, wie eine bedingte Verpflichtung nach weggefallener Bedingung.

Wo in aller Welt steht nun in diesen Stellen ein Wort von einem Innominatkontrakt, wo ein Wort von einer actio praescriptis verbis im Gegensatze zur actio venditi, wo ein Wort davon, daß es einen Kauf zu angemessenem Preise (ohne ausdrückliche Verabredung des Preises) nicht gebe, daß also in der Entnahme eines Hutes aus einem Hutladen bei mangelnder Preisabrede ein „Kauf" nicht läge? Und doch wird das als Lehre des römischen Rechts auf Grund derselben Stellen — offensichtlich nach dem Vorgange von Vangerow — auch z. B. noch in Förster's Preußischem Privatrecht gelehrt [1]).

Meine Herren, das ist künstelnde, keine natürliche Jurisprudenz. Es handelt sich bei der Frage keineswegs um einen Wortstreit, sondern um sehr wichtige praktische Folgen. Die Bereicherungs- oder Verwendungsklage verjährt in dreißig Jahren, die Kaufklage bei solchen Ladenkäufen verjährt je nach den betreffenden Landesgesetzen in viel kürzerer Frist. Geht die Bereicherung durch Zufall unter, so ist die Bereicherungsklage nicht mehr gegeben; begegnet also dem Brede ein unglücklicher Zufall mit seinem Hute, ehe Knod geklagt hat, so braucht Brede den Hut nicht zu bezahlen. Die ganze Lehre von der Haftung für Mängel und Fehler einer gekauften Sache findet auf Brede's Hut keine Anwendung, wenn der Hut kein gekaufter Hut ist. Ja, wenn Knod im Verlaufe des Prozesses der Vereinfachung wegen nachgäbe, er habe 12 Mk. für den Hut verlangt, und daraufhin im gegenwärtigen Prozesse die vereinbarten 12 Mk. forderte, dann könnte Brede gegen die hierin liegende Klag-

[1]) Dritte Auflage, Bd. 2, S. 60, Note 85 (§ 124 unter D.). Die neuesten von Eccius besorgten Auflagen (6. Aufl., Bd. 2, S. 54, Note 85 in § 124) halten daran fest: „Wenn man bei einem Kaufmann Waaren entnimmt, ohne besonders über den Preis zu verhandeln, so muß die Summe als Preis betrachtet werden, für welche der Kaufmann diese Waaren feil hält. Nach römischem Rechte war hier nicht actio venditi, sondern praescriptis verbis gegeben, § 1 D. 3,24; l. 35 § 1 D. 18,1. Auf diesen Klagenunterschied kommt im heutigen Rechte nichts an." Auch der letztere Satz unterliegt erheblichen Bedenken (S. das oben im Text Folgende). — Noch heute indeß vertheidigen landrechtliche Juristen den Satz, daß die Klage auf den „angemessenen" Preis eine Verwendungs- oder eine Bereicherungsklage, keine Kaufklage sei.

änderung mit dem Erfolge Widerspruch erheben, daß Knod mit seiner Klage abgewiesen würde; denn er hätte seine „Bereicherungsklage“ in eine „Kaufklage“ umgewandelt, und das brauchte sich Knod nicht gefallen zu lassen.

Der natürlich denkende Mensch und auch der natürlich denkende Jurist urtheilt anders.

Unterstellen wir, Brede macht mit seinem neuen Hut, nachdem ihn eben Knod auf die 15 Mk. verklagt hat, einen Sonntagsspaziergang und trifft seinen Freund Müller. Es entspinnt sich folgendes Gespräch:

Müller: „Du hast ja einen schönen neuen Hut, wo hast du den gekauft?“

Brede (lächelnd): „den habe ich bei Knod geholt, aber gekauft habe ich ihn nicht, wenn das richtig ist, was Knod, der mich eben auf 15 Mk. wegen des Hutes verklagt hat, in seiner Klage behauptet; das hat mir eben mein Anwalt klar gemacht.“

Müller: „Wie so denn? als du den Hut verlangtest, hast du denn da nicht gesagt, du wolltest einen Hut kaufen? Und hat dir Knod nicht erwidert, er wolle dir gern einen Hut verkaufen? Hast du denn auch nicht den Hut geliefert bekommen, und trägst du nicht den Hut?“

Brede: „Alles richtig! Aber Knod behauptet, wir hätten über den Preis nichts gesprochen, und mein Anwalt sagt, wenn das wahr sei, hätte ich den Hut nicht „gekauft“, möchten wir Beide auch noch soviel den Willen gehabt haben, einen „Kauf“ zu schließen. Mein Hut ist kein gekaufter Hut, es ist ein „Verwendungs-“, ein „Bereicherungs-“, ein „Innominatkontraktshut!“

Würde ein solches Gespräch Sie überzeugen, daß Brede's Anwalt seinen Mandanten richtig belehrt habe?

Als wenn alle Käufe voraussetzten, daß die Parteien über den Preis gesprochen hätten! Es gibt Käufe, bei denen überhaupt nicht ein Wort gesprochen ist. Nehmen wir an, ein des Deutschen unkundiger Engländer lasse sich im Laden des Knod einen Hut vorlegen, überreiche dem Knod 15 Mk., die Knod in seine Ladenkasse einstreiche, und nun verlasse der Engländer mit dem Hute auf dem Kopf den Laden. Kann da wohl Jemand zweifelhaft sein, daß der Engländer den Hut für 15 Mk. von Knod gekauft hat? Ein Jahr darauf wiederholt sich derselbe Fall nur mit dem Unterschiede, daß

der Engländer, welcher Knod sehr wohl als seinen Hausgenossen kennt, die 15 Mk. nicht zahlt, sondern den Hut ohne Bezahlung mitnimmt. Knod sendet ihm nach ein paar Tagen die auf 15 Mk. lautende Rechnung, und der Engländer zahlt. Haben die Beiden nun, weil der Kaufpreis nicht besprochen und nicht gezahlt war, etwas Anderes als einen Kaufvertrag geschlossen? Und angenommen wiederum nach einem Jahre ereignet sich derselbe Vorgang, nur sendet Knod dem Engländer eine Rechnung nicht über 15 Mk., sondern über 30 Mk., sollte dann der Engländer nicht mit Recht geltend machen können: „der geforderte Kaufpreis ist zu hoch; der angemessene und übliche Preis eines solchen Hutes beträgt 15 Mk.; über diesen angemessenen Preis haben wir uns durch das zwischen uns Verhandelte geeinigt; mehr brauche ich nicht zu zahlen"?

Wer in den letzteren beiden Fällen und in unserm Falle Knod gegen Brede den Abschluß eines Kaufes wegen fehlender Preisabrede leugnet, übersieht, daß der Parteiwillen auch thatsächlich erklärt werden kann. Was zwischen Knod und Brede nach obiger Klagdarstellung[1]) vorgegangen ist, läßt keine andere Erklärung zu, als daß die Beiden den angemessenen, den im Knod'schen Geschäfte üblichen Preis des Hutes als Kaufpreis vereinbarten. Das ist bei Käufen des täglichen Lebens etwas häufig Vorkommendes. Wer in einem Bierlokal ein Glas Bier trinkt, verpflichtet sich, den in diesem Lokal üblichen Preis zu zahlen, und der verabreichende Wirth verpflichtet sich, für jenen Preis das Bier dem Gaste zu verkaufen. Ebenso liegt es bei den Käufen von Speisen in Restaurationen, von Backwaaren in Bäckerläden u. s. w. Bei Hutkäufen gehört es sicher zu den Seltenheiten, daß nicht über den Preis gesprochen wird. Noch mehr bei Grundstückskäufen. Möglich wäre indeß auch ein Hauskauf ohne Besprechung des Preises. Gesetzt einem Bauunternehmer, der ein Dutzend neu angelegter Villen zum Verkaufe stehen hat, sagt ein Kaufliebhaber: „Ich kaufe Ihre Villa A;" der Bauunternehmer erwidert zustimmend, und nun verabreden Beide weiter, in vier Wochen soll die Villa überliefert und alljährlich soll auf den Kaufpreis der Betrag von 5000 Mk. gezahlt werden; nach Ablauf der vier Wochen bezieht der Kaufliebhaber die Villa, zahlt auch nach Jahresfrist die ersten 5000 Mk. Kann da wohl zweifelhaft sein,

---

[1]) Siehe S. 59.

daß ein Kauf der Villa zu dem nöthigenfalls durch Sachverständige zu bestimmenden angemessenem Preise abgeschlossen ist (wenn nicht etwa das Gesetz einen Grundstücks-Kauf wegen mangelnder Schriftform überhaupt für wirkungslos erklärt)? So unwahrscheinlich ein solcher Abschluß von Grundstückskäufen erscheinen mag — er kommt doch vor und ist sogar bereits dem Reichsgericht zur Beurtheilung unterbreitet worden. Es handelte sich um Grundstücke, die thatsächlich einer rheinischen Eisenbahn für ihre Bahnanlage überlassen waren. Der höchste Gerichtshof sprach aus:

„Die Behauptung, daß der Kauf begrifflich einen zwischen den Vertrag-schließenden vereinbarten Preis voraussetze, erscheint unbegründet, da anerkanntermaßen (auch nach den hier maßgebenden Grundsätzen des französischen Rechts) nichts entgegensteht, daß die Bestimmung des Kaufpreises durch das Gutachten Sachverständiger erfolgt.“ [1])

Das stimmt mit unserer Auffassung überein, nur wäre zur Vermeidung von Mißverständnissen vielleicht richtiger verabredeter (statt vereinbarter) Preis zu sagen gewesen. An sich gilt beim Kaufe der Satz: licet se circumvenire, [2]) das heißt, jede Partei darf suchen, thunlichst zu ihren Gunsten eine Vereinbarung über den Preis zu erzielen. Verhandeln die Parteien über den Preis überhaupt nicht, dann verzichten sie eben darauf, in diesem Punkte se circumvenire; sie einigen sich vielmehr dahin, daß zu dem angemessenen Preise gekauft und verkauft sein soll. Nur kann im einzelnen Falle fraglich werden, ob beim Mangel der Preisabrede überhaupt ein fester Kauf bereits abgeschlossen ist, ob nicht etwa die Parteien lediglich in Vorverhandlungen gestanden haben. Deshalb wird es bei Kaufklagen, die auf den angemessenen Preis gerichtet sind, einer besonders sorgfältigen Darlegung bedürfen, daß nicht blos eine Kaufvorverhandlung, sondern ein in der That zum Abschlusse gediehener Kauf vorliege. In unserm Falle erhellt das namentlich daraus, daß Brede den Hut in Gebrauch genommen hat. Gebrauchte Hüte kann man nicht zurückgeben. Brede hat also keineswegs sich bis zu späterer Verabredung über den Preis die Entscheidung vor-

[1]) Entsch. des R.G. in Civilsachen, Bd. 18 S. 344 (1887).

[2]) l. 16 § 4 D. d. minor. (4, 4): Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire (l. 22 § 3 D. loc. cond. 19, 2: invicem se circumscribere).

behalten wollen, ob er den Hut fest kaufe, sondern er hat ihn ungeachtet der mangelnden Preisabrede alsbald fest kaufen, also dafür den angemessenen Preis zahlen wollen. Zweifelhaft konnte nur sein, ob dieser angemessene Preis sich decke mit dem im Laden des Knod für solche Hüte üblichen Ladenpreis. Wenn auch in Fällen, wie dem oben erwähnten Kaufe eines Glases Bier der im einzelnen Verkaufslokal übliche Preis entscheidend sein muß, so dürfte schwerlich dasselbe für den Bezug von Bekleidungsgegenständen gelten oder überhaupt von Gegenständen, bei denen man von einem gerade in dem betreffenden Laden „üblichen" Preise nicht reden kann. Es giebt in vielen Läden Gegenstände, die dort keineswegs ähnlich bestimmte Preise haben, wie z. B. Getränke in Bierlokalen. Dem Einen wird für denselben Gegenstand vielleicht mehr, dem Andern weniger abgefordert; heute kostet ein Hut 15 Mk., für den wenige Tage später im nämlichen Laden 12 Mk. verlangt werden, ohne daß sich deshalb der Verkäufer etwa als unreell erweist. Man denke nur an den Wechsel der Mode. Meiner Auffassung nach hat darum Brede den hier fraglichen Hut zu dem (nöthigenfalls von Sachverständigen zu ermittelnden) angemessenen Preise gekauft, es müßte denn Knod 12 Mk. für denselben gefordert haben. Und dieser angemessene Preis ist bei mangelnder Verabredung als der von beiden Theilen thatsächlich gewollte Kaufpreis anzusehen. Brede trägt einen gekauften Hut, keinen Verwendungs-, oder Bereicherungs- oder Innominatkontrakts-Hut.

Die Klage des Knod ist die actio venditi, gerichtet auf den angemessenen Preis, der unter den Parteien als der vereinbarte gilt (wenn das richtig ist, was Knod behauptet).

Nachdem wir auf diese Weise gefunden haben, daß der Kläger seiner Behauptungs- oder Substanziirungspflicht nach allen Richtungen hin genügt hat, beschäftigen wir uns nunmehr mit der Frage, wie es in unserem Beispiele mit der Erklärungspflicht des Beklagten steht.

Die naturgemäße, juristisch unverbrämte einfache Antwort Brede's auf die ihm zugestellte Klage würde sein: „Knod hat von mir 12 Mk. für den Hut verlangt, und die bin ich zu zahlen bereit." Brede wendet sich aber an einen Anwalt und bittet um eine kunstgerechte Beantwortung der Klage. Der Anwalt gehört zu denen, welche es für ihre Pflicht halten, unter Umständen ein wenig zu „phantasiren."

In meiner Referendarzeit erlebte ich einmal, daß ein recht tüchtiger und fleißiger Kollege, der bei einem Anwalte als Gehülfe arbeitete, von diesem entlassen wurde; um den Grund befragt, erwiderte der Anwalt, es habe jenem Referendar an „Phantasie" gefehlt; es sei ihm zu schwer geworden, passende Einreden zu erfinden. Unser Anwalt hört von Brede, eigentlich gefalle der Frau Brede der gekaufte Hut nicht, er (Brede) wäre ihn deshalb gern wieder los. Der Anwalt beschließt darum, zunächst gegen die Klage einzuwenden, da über den Preis nach Klägers eigner Angabe nichts gesprochen sei, so sei der Kauf noch nicht fest geschlossen; nur wenn der Hut ihm zusage, habe Brede anderen Tags wiederkommen und über den Preis verhandeln wollen; der Hut sage ihm aber nicht zu; er stehe deshalb dem Kläger zur Verfügung. Eventuell macht dann der Anwalt geltend, er leugne, daß über den Preis nicht gesprochen sei, Knod habe 12 Mk. für den Hut verlangt.

Ist es aber erforderlich, daß der Beklagte mit der letzteren Behauptung herausgeht, oder darf er sich darauf beschränken, die Nichtverabredung eines Preises zu leugnen?

Namentlich im älteren schriftlichen Prozesse, wo mit Fragen des Richters und mit nachträglichen Erläuterungen nicht geholfen werden konnte,[1]) war das Leugnen unter Umständen keine ganz leichte Sache. Ein viel beschäftigter Anwalt, der sich einst zur Ruhe setzen und einem jüngern Kollegen seine Praxis überlassen wollte, instruirte diesen: „ich habe einen guten Bureauvorstand und zwei Referendare zur Aushülfe; die ganz einfachen Sachen, besorgt der Bureauvorstand; dann kommen die Sachen, bei denen es lediglich gilt, ordentlich zu leugnen; die besorgt der Referendar A.; der leugnet nämlich vorzüglich; dann kommen die schwierigeren Sachen, die überlasse ich dem Referendar B., und die ganz feinen Sachen — das sind eben nur wenige — die behalte ich mir vor." Der vorzüglich leugnende Referendar würde in unserm Falle sicher gewußt haben, daß er nicht damit abkommt zu leugnen, es sei über den Preis geschwiegen, sondern daß der Beklagte hinzusetzen muß, was über den Preis gesprochen sei.

Warum das?

---

[1]) Siehe oben S. 54.

Versuchen wir, den Grund uns an einem einfacheren Fall deutlich zu machen.

Gesetzt, Knod hätte 15 Mk. als verabredeten Preis eingeklagt und Brede hätte, die Klagthatsachen im Uebrigen nachgebend, nur bestritten, daß 15 Mk. verabredet seien. Hier wird sofort klar, daß dieses Leugnen zu unbestimmt ist. Es bleibt fraglich, ob mit dem Leugnen gesagt sein soll, es sei überhaupt kein Preis verabredet, folglich komme es auf den angemessenen Preis an, oder ob damit gesagt sein soll, es sei ein niederer Preis oder am Ende gar, es sei ein höherer Preis verabredet. Der ordnungsmäßige Prozeßverkehr verlangt, daß die Parteien sich einander verständlich machen, daß sie nicht in Räthseln reden. Der Chikane wäre Thor und Thür geöffnet, wenn auf das Leugnen, daß 15 Mk. verabredet seien, der Kläger beim mißlingenden Beweise dieser Verabredung nun um jede Mark oder jeden Pfennig unter 15 Mk. einen neuen Prozeß führen müßte, bis er denjenigen Betrag unter 15 Mk. träfe, den schließlich der Beklagte als verabredet zugiebt. Viel verständiger ist es, vom Beklagten, der nicht 15 Mk., sondern weniger verabredet haben will, zu fordern, daß er sein Leugnen durch Angabe jenes Weniger näher bestimmt, daß er es „substanziirt". Nur ein formalistisch gesonnener unpraktischer Richter könnte sich in dem eben unterstellten Falle damit zufrieden geben, daß der Beklagte schlechtweg die Verabredung eines Preises von 15 Mk. eidlich ableugnete, und daß der Kläger dann mit seiner Klage abgewiesen würde. Der praktische Richter leitet den Prozeß so, daß durch die Eidesleistung oder Eidesweigerung des Beklagten der Streit, ob 15 oder ob 12 Mk. als Preis verabredet sind, zum Austrag kommt, und daß der Beklagte mindestens zur Zahlung von 12 Mk. verurtheilt wird, wobei derjenigen Partei die Kosten des Prozesses zur Last fallen, deren Behauptung als unwahr erwiesen ist.

Also auch das Leugnen bedarf unter Umständen der Substanziirung. Wer lediglich bestreitet, daß über den Preis bei einem Kaufe nicht gesprochen sei, leugnet in unverständlicher Weise, wenn er nicht hinzugefügt, daß und was gesprochen sei; das Leugnen einer Negative verlangt mit logischer Nothwendigkeit die Aufstellung der entgegenstehenden positiven Behauptung. Man könnte denken, die Behauptungs- oder Substanziirungspflicht liege nur dem angreifenden Theile ob (also dem Kläger in Bezug auf die Klage, dem

Beklagten in Bezug auf die Einreden). Aber sie trifft auch den angegriffenen Theil, soweit es sich um sein Leugnen handelt. Namentlich gehören dahin die Fälle des Leugnens von Negativen. Ein bloßes Leugnen genügt dann nicht. Es gilt im Handelsrecht folgender Satz: Wenn ein Kaufmann von einem Geschäftsfreunde einen Auftrag erhält und sich nicht erklärt, so liegt in dem Schweigen eine Annahme des Auftrags.[1]) Zur Klagbegründung gehört hier die Behauptung des Nichterklärens, des Schweigens. Wollte der Gegner lediglich erwidern: „ich habe geantwortet" oder „ich habe nicht stillgeschwiegen", so würde er der Erklärungspflicht nicht genügen. Ebenso verhält es sich z. B. nach gewissen Vorschriften des A.L.R. in Fällen, in denen Jemand an der Nachbargrenze baut. Er hat dem Nachbarn anzuzeigen, er wolle bis zu einer bestimmten Linie bauen; dann hat der Nachbar, sofern er den Bau nicht dulden will, zu widersprechen. Widerspricht er nicht, so ist eine etwaige Ueberschreitung der Grenze genehmigt. Es gehört also zu der Klage, die sich auf die Genehmigung der Grenze stützt, die Behauptung, daß der Beklagte nicht widersprochen habe. Würde der Beklagte sich darauf beschränken, lediglich zu leugnen, daß er nicht widersprochen habe, so wäre sein Leugnen unsubstanziirt; er muß sagen, daß und wie er widersprochen hat.

Uebrigens fällt für unsern Fall die Nothwendigkeit des Leugnens einer „Negative" selbstverständlich hinweg, wenn man sich die Klage, wie oben auseinandergesetzt ist,[3]) auf die einzelnen Vorgänge des betreffenden Handels rein positiv gefaßt denkt. Dann gestaltet sich die Erklärung des Beklagten naturgemäß dahin: er macht unter Leugnen der Klagdarstellung geltend, daß nach bewirkter Auswahl des Hutes und vor seiner (des Beklagten) Erklärung, den Hut wolle er nehmen, der Kläger erklärt habe, der Preis des Hutes betrage 12 Mk. Bei dieser Gestaltung des beiderseitigen Vorbringens nimmt die Substanziirung des Leugnens also denselben Charakter an, wie in dem Falle, in welchem ein verabredeter Kaufpreis eingeklagt und unter dem Bestreiten dieser Verabredung vom Beklagten die Verabredung eines niederen Preises geltend gemacht wird.

---

[1]) H.G.B. Art. 323.

[2]) A.L.R. Thl. I. Tit. 9 §§ 340 ff.

[3]) Siehe S. 56.

Im heutigen Prozesse besitzen wir ein vorzügliches Mittel, Jemanden, der nicht ordnungsmäßig leugnet, in die richtigen Bahnen zu weisen. Unsere Civilprozeßordnung giebt dem Richter ein Fragerecht, ja sie legt ihm sogar die Fragepflicht auf;[1]) er hat auf Ergänzung ungenügender Angaben, auf Abgabe aller für Feststellung des Sachverhalts erheblichen Erklärungen hinzuwirken, und er kann zu diesem Zwecke die Partei persönlich vorladen.[2]) Also in unserem Falle: sollte Brede lediglich erklären: „ich leugne, daß über den Preis geschwiegen ist", so würde der Richter eine deutlichere, eine verständlichere Erklärung fordern. Und würde Brede hartnäckig entgegnen: „ich erläutere mein Leugnen nicht näher", dann hätte der Richter zu sagen: „du hast nicht ordnungsmäßig geleugnet; ich nehme darum als feststehend an, daß über den Preis geschwiegen ist."

Man könnte einwenden: „wie vereinigt sich dies Fragerecht mit der Verhandlungsmaxime?" Wir sahen, daß der ganze Civilprozeß auf der Verhandlungsmaxime beruht. Keine Thatsache darf — von besonderen Ausnahmen abgesehen — berücksichtigt werden, die nicht von den Parteien vorgebracht ist. Der Richter darf nicht nach der Wahrheit forschen, wie im Strafprozeß. Gleichwohl ist hier im Civilprozeß dem Richter sogar eine Fragepflicht auferlegt; der Richter soll anregen, daß Thatsachen herbeigeschafft werden, die die Parteien von selbst nicht gebracht haben. Es wäre irrig, in diesem Fragerecht einen Bruch mit der Verhandlungsmaxime zu erblicken. Das Fragerecht ist ein Mittel, Parteibehauptungen zu veranlassen, nicht aber etwa Thatsachen in den Prozeß einzuführen, die außerhalb der Parteibehauptungen liegen. Die Verhandlungsmaxime besteht auch heute noch soweit, daß der Richter regelmäßig lediglich die Thatsachen zu beachten hat, die von den Parteien vorgebracht sind, aber es ist gleichgültig, ob die Parteien die Thatsache aus eigener Initiative vorgebracht haben oder erst auf Initiative des Richters. Es gilt also auch heute noch der Satz: „quod non est in actis, non est in mundo." Nur müssen wir ihn besser gestalten, um ihn treffend zu machen. „Quod non est in actis', ist überhaupt schlechtes Latein. Wollen wir korrekt reden, so müssen wir sagen:

---

[1]) Siehe oben S. 54.

[2]) C.P.O. §§ 130, 132.

141 139

„quod non est actum, non est in mundo“. Vom Richter ist zu berücksichtigen, was vor ihm dadurch verhandelt ist (actum est), daß es die Parteien behauptet haben.

Dieser Satz wird nach mancher Richtung nicht immer beachtet. Häufig kommt es in der Praxis vor, daß Zeugen Thatsachen bekunden, die von den Parteien nicht behauptet sind, und daß das Gericht diese Thatsachen bei seiner Entscheidung ohne Weiteres mit heranzieht. Das verstößt gegen die Verhandlungsmaxime und ist deshalb nicht richtig. Ebensowenig ist es zu billigen, wenn nach ergangenem Beweisbeschlusse von Zeugen bekundete Thatsachen, über die bisher nicht verhandelt ist, zum Gegenstande eines erneuten Beweisbeschlusses gemacht werden. Eine Thatsache, die ein Zeuge gebracht hat, kann nur dann Berücksichtigung finden, wenn die Partei nachträglich diese Thatsache als ihre eigene Behauptung aufgenommen, wenn die Partei die Angabe des Zeugen zu ihrer Behauptung gemacht hat.

In dem mündlichen Termine, in welchem Brede seine Klagbeantwortung vorbringt, wird er also gut thun, mit seinem Leugnen die Behauptung zu verbinden, daß 12 Mk. verabredet sind; er wird auch gut thun, den Eid über diese Behauptung zuzuschieben. Er ist zwar vielleicht der Meinung, daß nicht ihn über die Verabredung der 12 Mk. die Beweislast träfe, sondern den Kläger über die Nichtverabredung eines Preises. Vorsichtshalber muß Brede aber jede seiner Behauptungen unter Beweis stellen, er übernimmt nach der Civilprozeßordnung damit nicht die Beweislast.[1])

Die Herren, die diesen Fall schriftlich bearbeitet haben, und deren Arbeiten ich besprechen will — es sind deren acht — werde ich mir erlauben, in Anknüpfung an die gewählten Motti, mit Nummern zu bezeichnen, damit ich nicht stets die gewählten Motti zu wiederholen habe.

Nr. 1 hätte wohl gethan, in der entworfenen Klagbeantwortung die Thatsache, daß 12 Mk. als Preis verabredet sind, nicht alsbald in den Vordergrund zu stellen und erst daran das Leugnen anzuschließen, sondern umgekehrt zu verfahren. Dadurch wäre der Richter sofort darauf aufmerksam gemacht worden, daß im Sinne des Beklagten die Klagbeantwortung zunächst ein

---

[1]) Vergl. C.P.O. § 412.

447

Leugnen enthält, daß also der Beklagte zunächst Beweis vom Kläger verlangt.

Nr. 2 hat die Thatsache, daß 12 Mk. verlangt sind, dahin umgewandelt, daß ein Preis von 12 Mk. „ausgemacht sei." Das ist ein Fehler, der häufig vorkommt, eine Umformung, eine Verwässerung der Thatsachen, die die Parteien vorbringen. Genau an diese Thatsachen hat sich der Richter zu halten. Wenn behauptet wird: es sind 12 Mk. vom Kläger „verlangt", so ist das etwas Anderes als: „es sind 12 Mk. von uns Beiden ausgemacht." Worin liegt der Unterschied? Wenn gesagt wird: es sind 12 Mk. ausgemacht, so heißt das: es ist ein Vertrag geschlossen. Das „Verlangen" von 12 Mk. ist ein einseitiger Akt, eine Offerte, das „Ausmachen" ein wechselweises Verabreden. Laut der mitgetheilten thatsächlichen Grundlagen ist aber ein „Ausmachen" nicht behauptet. Die Sache liegt vielmehr so. Das bloße Verlangen von 12 Mk. würde noch nicht dahin führen, daß 12 Mk. der verabredete Preis ist. Aber wenn auf die Preisforderung Knod's Brede den Hut mitgenommen hat, dann hat er die Offerte acceptirt, und hierdurch ist der Vertrag zu Stande gekommen. Insofern ist der Schluß gerechtfertigt, daß 12 Mk. ausgemacht sind, aber die eine Thatsache, auf welche sich dieser Schluß gründet, die Annahme der Offerte durch Mitnahme des Hutes, ist nicht streitig. Streitig ist nur, ob 12 Mk. „verlangt" sind. Wird das bewiesen, so sind 12 Mk. ausgemacht, weil es nicht zweifelhaft ist, daß, wenn Knod die Offerte gemacht hat, für 12 Mk. zu verkaufen, Brede darauf eingegangen ist. Eine Beweis- oder eine Eidesauflage darüber, daß 12 Mk. „ausgemacht" seien, verlangt vom Beweis- oder Eidespflichtigen mehr als zu beweisen oder zu beeidigen ist; außerdem verlangt sie einen Beweis und einen Eid über ein rechtliches Urtheil, über einen rechtlichen Schluß; denn ob etwas „ausgemacht ist," das zu entscheiden ist Sache des Richters; Sache der Parteien ist es, dem Richter die Thatsachen zu unterbreiten, in denen das Ausmachen liegen soll. Also in doppelter Beziehung wäre jene Beweis- und Eidesauflage bedenklich.

Auch Nr. 3 und 4 haben das Leugnen in der Klagbeantwortung nicht vorangestellt, Nr. 6, 7 und 8 sind richtig verfahren.

Die von mir entworfene Klagbeantwortung stellt sich auf den Standpunkt des phantasiereichen Referendars, den wir oben kennen

lernten[1]). Brede hatte zu ihm gesagt: „Wenn ich von dem Hute loskommen kann, so wäre es mir angenehm.“ Das versucht nun der Referendar als Anwaltssubstitut durch die Art, wie er die Klagbeantwortung gestaltet, zu bewerkstelligen; er sagt:

„Ein Kauf ist zwischen mir und dem Kläger überhaupt nicht zu Stande gekommen; das ergiebt sich schon daraus, daß ein Preis nach des Klägers eigener Angabe nicht vereinbart ist. Nur wenn der Hut mir zusagte, wollte ich mit dem Kläger andern Tages über den Preis mich einigen und den Preis bezahlen. Der Hut sagt mir aber nicht zu; er steht dem Kläger zur Verfügung.

Eventuell leugne ich den Hut zum angemessenen Preise gekauft zu haben, vielmehr habe ich ihn für 12 Mk. gekauft; denn der Kläger sagte bei der Anprobe, der Hut koste 12 Mk. Hierüber schiebe ich den Eid zu.

Ich bitte um kostenfällige Klagabweisung.“

---

1) Siehe oben Seite 67.

# 4.

An die Betrachtung der Klagbeantwortung in Sachen Knod gegen Brede knüpfen wir nunmehr die Betrachtung der folgenden Station unseres Rechtsstreites an, die nach älterem Prozesse sogenannte Replik. Die C.P.O. braucht nur zweimal nebenbei in einer Parenthese das Wort „Replik";[1]) sonst begreift sie das, was der Kläger schriftlich auf des Beklagten Erklärung vorbringt, unter der allgemeinen Bezeichnung eines „vorbereitenden Schriftsatzes"; nur die „Klage" und die „Klagbeantwortung" führen als Schriftsätze besondere Namen. Darum trägt regelmäßig der Replik-Schriftsatz heutzutage in den Akten die Ueberschrift „vorbereitender Schriftsatz." Sicher wäre es praktischer, „Replik" als Ueberschrift zu wählen; denn der Leser sähe dann sofort, daß er eine Erklärung des Klägers auf die Klagbeantwortung vor sich hat. Es steht auch nichts entgegen, heute noch den Schriftsatz, der die Erwiderung des Klägers auf die Klagbeantwortung enthält, mit der Ueberschrift „Replik" zu versehen und ebenso den nächsten Schriftsatz des Beklagten „Duplik" zu nennen. Für den Aktenleser ist das eine Wohlthat. Warum soll man ihm diese Wohlthat nicht erweisen? Nach älterem Prozesse wurde regelmäßig der Rechtsstreit „in vier Sätzen verhandelt", und diese vier Sätze hießen technisch: actio, exceptio, replica, duplica. Sie stellten das sogenannte „erste Verfahren" dar. Als zweites Verfahren folgte „das Beweisverfahren", d. h. die richterliche Feststellung der zu beweisenden Thatsachen, die parteiseitige Antretung der Beweise und die richterliche Beweisaufnahme. Enthielt die Klagschrift und die Klagbeantwortungsschrift bereits erschöpfend das Material des Rechtsstreits, so waren die beiden ferneren Sätze des ersten Verfahrens (Replik und Duplik) unnöthig; sie wurden vom Richter nicht erfordert. Gegenwärtig steht es im Belieben der Partei, ob sie (in

---

[1]) §§ 137, 251.

einem vorbereitenden Schriftsatz) repliziren und dupliziren will. Hier in unserm Falle könnte sich der Kläger wohl eine weitere schriftliche Erklärung (eine Replik) ersparen; denn der Beklagte hat sich auf bloßes Leugnen beschränkt. Weil unser Referendar aber ausgeführt hat, daß die Klage unbegründet sei, sieht sich vorsichtshalber der Kläger veranlaßt, eine Erwiderung in folgender Replik zu geben:

„Daß der Hut nicht fest gekauft sei, ist eine leere Ausrede. Beklagter hat nicht zu bestreiten vermocht, daß er den Hut unter Zurücklassung seines Hutes mitgenommen, daß er ihn also getragen hat; einen getragenen Hut brauche ich nicht zurückzunehmen.

Unwahr ist, daß ich 12 Mark für den Hut verlangt habe. Den Eid nehme ich an. Es ist über den Preis nichts zwischen uns verhandelt, folglich entscheidet der angemessene Preis."

Nachdem soweit die Parteien ihre Schriftsätze gewechselt haben, erfolgt die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte in einem angesetzten Termine. Wir unterstellen, daß die Parteien mündlich das wiederholen, was in ihren Schriftsätzen steht. Ist dies geschehen, so gelangen wir zu einer ferneren Hauptstation des Prozesses, zur Beweisstation, zu der Station, welche sich auf die in den Prozeßgesetzen ausgesprochene Verpflichtung der Parteien gründet, den Beweis der geleugneten, nach Ansicht des Gerichts erheblichen Thatsachen zu führen. Bei dieser Beweisstation werden wir uns länger aufzuhalten genöthigt sein. Wir müssen auf den älteren Prozeß einen Rückblick werfen, und zwar sogar auf den, der dem heutigen Prozeßrecht nicht unmittelbar voranging.

Wie wir bis jetzt den Prozeß uns vergegenwärtigt haben, verläuft er gleichsam in einer horizontalen Linie mit den regelmäßigen Stationen: Klage, Klagbeantwortung, Beweisverhandlung, Eidesverhandlung, Endurtheil, Zwangsvollstreckung. Der Prozeß bewegt sich aber nicht ausschließlich in dieser horizontalen Linie, sondern er kann auch in die Höhe steigen, in die „höhere Instanz", d. h. es kann unter Umständen ein höherer Richter angerufen werden. Das ist für die ältere Zeit fast buchstäblich zu nehmen; noch existirt ein Bild aus dem Jahre 1510, das einen bekannten Prozeß auf dem Marktplatz zu Berlin darstellt. Da war eine Estrade gebaut, dort saß das Schöffengericht, und im Hintergrunde dieser Estrade befand sich eine zweite höhere Estrade für die höhere Instanz; das waren die Räthe des Kurfürsten; an sie ging von den Schöffengerichten die Be-

rufung. Der alte Prozeß führte die Möglichkeit einer Berufung für den einzelnen Rechtsstreit viel häufiger herbei als der jetzige Prozeß. Wenn der Kläger die Klage erhob und der Richter fand, es fehle ihr die erforderliche Begründung, so war sie (a limine) abzuweisen, bevor der Beklagte überhaupt gehört wurde. Dann ging der Kläger an die höhere Instanz und legte ihr die Klage im Wege der „Extrajudizialappellation" vor. Sagte auch diese Instanz dasselbe, wie die erste Instanz, so ging der Kläger an die höchste Instanz. Wenn hier der Ausspruch erfolgte, die Klage sei begründet, so ging der Prozeß wieder in die erste Instanz herunter und nahm dort seinen weitern Gang. Das Verfahren hatte den Vortheil, daß der Kläger nicht Gefahr lief, nachdem er seinen Prozeß in zwei Instanzen, möglicherweise mit dem Aufwande ausgedehnter Beweisverhandlungen, durchgeführt hatte, in dritter Instanz zu erfahren, die Klage sei unbegründet und hätte von Anfang an — ohne jede Einleitung von Verhandlungen — zurückgewiesen werden müssen. Andrerseits hatte jenes Verfahren aber auch einen großen Nachtheil. Erst durch die Erklärung des Beklagten auf die Klage stellt sich in der Regel heraus, was den eigentlichen Streitpunkt zwischen den Parteien bildet. Erst daraus ergiebt sich rückwärts, welche Thatsachen zur Begründung des Anspruchs erheblich sind. Eine Klage, die für sich allein betrachtet als ungenügend substanziirt erscheint, kann nichts desto weniger eine vollständig genügende Grundlage eines Prozesses werden, wenn z. B. der Beklagte sie zugiebt, und wenn der weitere Lauf des Prozesses zeigt, daß nicht die Klagbegründung, sondern eine Einrede des Beklagten dasjenige ist, worüber die Parteien eine richterliche Entscheidung begehren. Wird in solchem Falle die Klage a limine in drei Instanzen zurückgewiesen, so lösen diese Entscheidungen gewissermaßen nur die Doktorfrage, ob die Klage regelrecht aufgebaut ist, sie sind aber für den Streit der Parteien überflüssig. Es empfiehlt sich deshalb gewiß mehr, den Spruch darüber, ob die Klage begründet ist oder nicht, zu vertagen, bis durch Anhörung des Gegners festgestellt ist, ob die Begründung des Klaganspruchs oder was sonst zwischen den Parteien streitig ist.

Bei der Klagbeantwortung war im älteren Prozesse keine Möglichkeit zu appelliren, wohl aber in der Beweisinstanz. Hier konnte wieder in drei Instanzen erörtert werden, ob die Beweislast richtig oder falsch vertheilt, ob der Beweissatz richtig oder falsch gefaßt sei.

Entsprechend der von der obersten Instanz über die Beweisfragen gefällten Entscheidung ging darauf der Prozeß in erster Instanz weiter bis zum Eide. Dann wurde wieder Halt gemacht. Wieder eröffnete sich die Möglichkeit, bis in die dritte Instanz zu gehen. Beim Endurtheil war schließlich die aus der Leistung oder der Verweigerung des Eides in erster Instanz gezogene Schlußfolgerung nochmals durch drei Instanzen appellabel. Ein solcher Prozeß barg also möglicherweise nicht weniger als zwölf richterliche Entscheidungen in sich, ehe er bis zu seinem Ende gelangte.

Diese Art Prozeßführung kommt uns heute verkehrt und schleppend vor. Der Prozeß konnte allerdings unendliche Zeit dauern. Da scheint es doch einfacher, daß er sofort in erster Instanz bis zum Ende verhandelt und daß dann erst die Rechtsmittelinstanz eröffnet wird. Aber ganz so verwerflich war das Verfahren der alten Zeit doch auch nicht. Wenn alle drei Instanzen bei der ersten Station des Prozesses sagten, es sei die Klage a limine abzuweisen, so wurde in manchem Falle der ganze Prozeß bis zum Ende überflüssig; es wurden Kosten gespart, keine Zeugen vernommen, keine Eide geschworen.

Als man die neue Prozeßordnung vorbereitete, war es Sache langer Erwägung, wie zu verfahren sei. Man kam zu der Idee: der ganze Prozeß soll möglichst in einem Termin mündlich abgehandelt werden. Die Klagabweisung a limine, in dem ersten Stadium des Prozesses, mußte demgemäß abgeschafft werden; denn sie wäre das Gegentheil von jeder Verhandlung gewesen. Also die Möglichkeit, sogleich im Beginne des Prozesses von drei Instanzen entscheiden zu lassen, ob die Klage begründet sei, wurde gestrichen. Dann kam die Beweisstation. Da sagte der alte Prozeß: Es ist nöthig, daß der Richter sich darüber ausspricht, ob der Kläger siegt, wenn er die Thatsache a beweist, oder ob der Beklagte siegt, wenn er die Thatsache b beweist; die eine oder die andere Partei kann durch den richterlichen Ausspruch, welche Thatsachen zu beweisen sind, und wer sie zu beweisen hat, vielleicht sich sofort bestimmen lassen, von dem Prozesse Abstand zu nehmen; dann wird von der zweiten Station an der ganze Prozeß gespart. Aber soll sich an diesen Ausspruch des Richters das Verfahren des Beweisantritts und der Beweisaufnahme alsbald anschließen, oder soll den Parteien gestattet werden, erst eine Entscheidung der oberen Instanzen einzuholen, ob in der That der Obsieg der einen oder andern Partei

von dem Beweise abhängt, den der Richter erster Instanz erforderte? Noch bei der Einführung der Reichscivilprozeßordnung spielte auch diese Frage, die Frage nach der Appellabilität des „Beweisinterlocuts", eine große Rolle. Man hat sich dahin entschieden, die Möglichkeit der Berufung in der Beweisstation abzuschneiden und den Beweisbeschluß, wie es im Preußischen Prozesse schon lange Rechtens war, als eine Verfügung in der Instanz zu behandeln, so daß der Prozeß ununterbrochen in horizontaler Linie weiter geht und nicht in die Höhe getrieben werden kann. Auch die Möglichkeit einer dreifachen Entscheidung über die Beweislastfrage ist also beseitigt.

Nun folgt die Eidesstation. Bis zur Preußischen Allgemeinen Gerichts-Ordnung kannte man für diese Station keinen anderen Prozeßgrundsatz als denjenigen, daß ein Eid nur durch ein der Berufung fähiges Erkenntniß auferlegt, d. h. daß die Eidesauflage immer im Wege der Berufung, ehe der Eid geleistet wird, vor die höheren Instanzen gebracht werden kann. Der Eid war im Sinne des Gesetzgebers ein so wichtiger Akt, daß die Prozeßordnung es nicht auf sich nehmen wollte, ihn vielleicht einmal überflüssiger Weise, so zu sagen in die Luft hinein, leisten zu lassen. Ein überflüssiges Leisten des Eides würde eintreten, wenn der Richter der oberen Instanz etwa fände, der Eid des erstinstanzlichen Richters sei mit Unrecht gefordert. Der Gesetzgeber wendete sich also gewissermaßen bei jeder Eidesauflage an die Parteien mit der Frage: „wollt ihr anerkennen oder es erst durch die höhere Instanz feststellen lassen, daß die Entscheidung eueres Prozesses von der Leistung oder der Verweigerung folgenden Eides abhängt, den ich für nöthig halte?" Unterblieb die Anrufung der höheren Instanz, nachdem in erster Instanz ein Eid erfordert war, so konnte nach Leistung des Eides nur in Betreff der Frage die höhere Instanz beschritten werden, ob die erste Instanz aus der geschehenen Eidesleistung richtig die in Aussicht gestellte Folgerung gezogen habe, nicht mehr konnte in Betreff der Frage die höhere Instanz angegangen werden, ob der Eid mit Recht gefordert sei. Von diesem Satze machte Svarez, als er die Allgemeine Gerichtsordnung schuf, eine wichtige und sehr verständige Ausnahme, die eine große Erleichterung in der Prozeßführung bedeutete. Er ließ in bestimmten Fällen zu, daß der Eid in erster Instanz (ohne Rücksicht auf eine etwaige spätere Berufung) geschworen werde, und daß trotzdem für die höhere Instanz die Frage zu entscheiden offen blieb, ob

auch nach Ansicht des höhern Richters der Eid nöthig gewesen sei.[1]) Allerdings sollte jede Partei, wenn der Richter einen Schiedseid auflegt, die Befugniß behalten, die Frage, ob der Eid mit Recht gefordert sei, vor Leistung oder vor Verweigerung des Eides dem höheren Richter zu unterbreiten. Es änderte sich also nicht die Möglichkeit, gegen eine Eidesauflage Berufung einzulegen. Wenn aber beide Parteien nichts dagegen haben, daß der Eid, wie ihn der Richter abnehmen zu wollen erklärt, alsbald im Laufe der Instanz oder, wie man sich gewöhnt hat es auszudrücken, „in der Instanz" geschworen werde, weil sie über die Erheblichkeit und über die Norm des Eides einig sind, dann soll der Richter nicht mehr, wie früher, ein die ganze Sachlage beurtheilendes Eideserkenntniß (ein bedingtes Enderkenntniß) abzufassen und mit der Eidesabnahme zu warten genöthigt sein, bis die Berufungsfrist abgelaufen ist, sondern der Richter soll befugt sein, den Eid ohne Weiteres abzunehmen; haben ja die Parteien doch dem Richter bereits erklärt, daß sie mit dem Eide zufrieden sind. Das die ganze Sachlage beurtheilende Erkenntniß erfolgt dann erst nach der Eidesleistung, wie es bei Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung nach der Vernehmung der Zeugen oder der Sachverständigen erfolgt.

Damit war der sogenannte „Resoluteid" eingeführt, welcher heute in der C.P.O.[2]) bezeichnet wird als „der durch Beweisbeschluß angeordnete Eid" (gegensätzlich zu dem durch Urtheil angeordneten Eide). Voraussetzung dieses Beschlußeides ist „Einigkeit der Parteien über Norm und Erheblichkeit". Den Segen der Einführung des Resoluteides vermag nur der vollständig zu würdigen, der unter einer Prozeßordnung gelebt hat, die den Resoluteid nicht kannte.[3]) Durch die Zulassung dieses Eides wird der Prozeß wesentlich vereinfacht und beschleunigt, auch die Arbeitslast des Richters wesentlich vermindert. Früher bedeutete jede auf Leistung eines Eides gerichtete Entscheidung des Richters eine Sistirung des Prozesses: der Prozeß durfte erst weiter gehen, wenn jene Entscheidung durch Ablauf der Rechtsmittelfristen und (im Falle der Einlegung eines Rechtsmittels) durch Entscheidung des höheren Richters unanfechtbar geworden war.

---

[1]) Vergl. unten S. 86 Note 1.

[2]) § 426.

[3]) Vergl. Stölzel in Möller's und Wolff's Zwanglosen Heften I S. 81 ff. Marburg 1868.

Daraus ergab sich zugleich, daß die Erhebung aller sonstigen Beweismittel (die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, die Vorlage von Urkunden ꝛc.) erledigt sein mußte, ehe die Entscheidung erging, daß ein Eid aufzuerlegen sei. Der Eid war stets der Schlußakt des Beweisverfahrens. Heutzutage kann er der Anfangsakt des Beweisverfahrens sein und unter Umständen die Erhebung jedes andern Beweises ersparen. Heutzutage sistirt auch eine Eidesauflage in den wenigsten Fällen den Prozeß; kaum in einem von zehn Fällen wird ein Eideserkenntniß erforderlich; in den übrigen neun Fällen gelingt es, durch Abnahme des Eides „in der Instanz" den Prozeß abzukürzen.

Außerdem hat die C.P.O. bezüglich des Beweisbeschlusses, gegen welchen ein Rechtsmittel jetzt ein für allemal nicht mehr gegeben ist, eine richtige und sehr zweckmäßige Neuerung eingeführt, auf die wir alsbald hier unsere Aufmerksamkeit richten müssen: früher kannte man auch da, wo die Beweisbeschlüsse inappellabel waren, nur Beweisbeschlüsse, die sich zunächst darüber aussprachen, welcher Partei die Beweislast für diese oder jene Thatsachen zufiel. Das hat die C.P.O. geändert. Bei Erlaß des Beweisbeschlusses soll sich der Richter noch nicht darüber aussprechen, wen die Beweislast trifft, er soll (z. B. bei einem Beweisbeschluß, der auf Zeugenvernehmung gerichtet ist) nur sagen: „der Zeuge X. ist über die vom Kläger (oder über die vom Beklagten) behauptete Thatsache Y. zu vernehmen". Ob der Kläger oder der Beklagte beweispflichtig ist, darüber behält der Richter seinen Ausspruch in petto. Das hat einen großen Vortheil. Nehme ich hier in unserm Falle an, Knod hätte Zeugen benannt und Brede auch, der Beweisbeschluß aber wäre dahin ergangen, beider Parteien Zeugen sollen vernommen werden, die einen über die Behauptung des Klägers, daß über den Kaufpreis nicht gesprochen sei, die andern über die Behauptung des Beklagten, daß Kläger 12 Mk. als Kaufpreis verlangt habe, so würde durch Beweisbeschluß die Vernehmung sämmtlicher Zeugen angeordnet werden. Gesetzt, sie alle sagten, Knod habe 12 Mk. verlangt, so ist der Prozeßausgang entschieden, ohne daß der Richter nöthig hätte, sich über die wichtige Rechtsfrage zu äußern, ob den Kläger oder den Beklagten die Beweislast trifft; der Richter kommt leichten Fußes darüber hinweg. Es ist aber wesentlich für den Richter, von einem Ausspruche über die Beweislast entbunden zu sein. Denn wenn er auch seinen Beweis-

beschluß nachträglich abändern kann, so ist es doch wenig angenehm zu sagen: Anfangs glaubte ich, A. sei beweispflichtig, jetzt ändere ich meine Ansicht und sage, B. ist es. Um dem Richter sein Amt zu erleichtern und ihn davor zu bewahren, daß er einmal mit dieser und dann nachher mit einer abweichenden Rechtsmeinung vor die Parteien treten muß, hat die C.P.O. bestimmt, daß der Beweisbeschluß davon schweigen soll, wen die Beweislast trifft. Ein vorsichtiger Richter aber wird, wenn er einen Beweisbeschluß faßt, in seinem Innern sich schlüssig machen müssen: wie ist es mit der Beweislast? Denn er muß sich vergegenwärtigen, daß der Prozeß auch einen Gang nehmen kann, für welchen es von Bedeutung wird, wen die Beweislast trifft, insbesondere bei der Eideszuschiebung. Hat der Richter also, ohne zu prüfen, seinen Beweisbeschluß in die Welt gehen lassen, und entsteht nachher die Frage, wem der Eid zufalle, so muß er nunmehr sich doch über die Beweislast aussprechen. Deshalb ist es als ein wohlerprobter Hand- oder Kunstgriff zu empfehlen, daß trotz der Abschaffung einer Verfügung darüber, wer die Beweislast hat, und wie die Beweissätze lauten, der Richter sich zunächst fragt, welche Beweissätze er für den Kläger und welche für den Beklagten fassen würde, wenn er noch unter dem alten Rechte den Beweis zu beschließen hätte.

So verfahren wir hier in unserem Falle nunmehr auch. Wir waren bereits darüber klar geworden, wer die Beweislast hat: es gehört wesentlich zur Klagbegründung darzulegen, daß Knod den Hut zum angemessenen Preis verkauft habe, oder — was dasselbe ist — daß bei den Kaufverhandlungen über den Preis geschwiegen ist. Das Resultat, das wir gelegentlich der Klagprüfung gefunden haben, ist bestimmend für die Beweislast; denn, wenn es zur Klagbegründung gehört darzulegen, daß geschwiegen ist, so ist beim Leugnen des Beklagten der Kläger in Betreff der Thatsachen, aus denen sich ein Kauf zum angemessenen Preise ergiebt, beweispflichtig.

Jeder Prozeß ist ein Angriff. Der Angreifer, der Kläger ruft das Gericht herbei, weil er in seinem Rechte durch den Beklagten verletzt zu sein behauptet. Damit ihm die Hülfe des Gerichts zu Theil werde, genügt aber sein bloßes Behaupten nicht; er muß das Gericht überzeugen, daß sein Angriff ein gerechtfertigter ist, d. h. er muß die Stützen seines Angriffs wahr machen, er muß sie beweisen, wenn der Angegriffene durch sein Zugeständniß nicht etwa einen

Beweis erübrigt, wenn er vielmehr die Behauptungen des Angreifers, soweit sie zur Stütze des Angriffs nothwendig sind, für unwahr erklärt. Auch das frivolste Leugnen des Angegriffenen nöthigt den Angreifer zu diesem Beweise. Es steht dem Angegriffenen unbeschränkt das Benefizium zur Seite, durch sein Leugnen den Sieg des Angreifers zu erschweren. Dem Angegriffenen nützt also selbst frivoles Leugnen; es verschafft ihm in allen Fällen, in denen es sich um einen Beweis durch Eid handelt, das Recht, den Eid über die Klagbehauptungen für sich zu verlangen und durch dessen Leistung zu siegen, den Angriff zurückzuschlagen. Frivoles Behaupten nützt aber dem Angreifer nur insofern, als es den Angegriffenen möglicherweise nöthigt, den Eid über die Unwahrheit der Behauptungen des Angreifers zu schwören (er müßte denn seinerseits vorziehen von dem Kläger den Eid über deren Wahrheit zu verlangen). Denn auch der frivolste Kläger kann dem Beklagten einen Eid über die Klagbehauptungen zuschieben, und diesen Eid hat der Beklagte bei Meidung des Prozeßverlustes abzuleisten, wenn er den Eid nicht dem Kläger zuschieben oder seinerseits den Beweis der Unwahrheit der Klagbehauptungen durch andere Beweismittel führen kann oder will. Die Rolle des Angreifers, des Klägers, ist also die ungünstigere, die des Angegriffenen, des Beklagten, die günstigere. So erfordert es die Gerechtigkeit. Der Kläger läuft im Prozesse die Gefahr, (wenn wir als Gegenstand des Streites lediglich die Wahrheit der die Klage stützenden Behauptungen und als Beweismittel lediglich den Eid unterstellen), daß der Beklagte die Klagthatsachen abschwört, der Beklagte läuft im Prozesse nur die Gefahr, daß er möglicherweise zu einem Eide genöthigt wird; nicht läuft der Beklagte die Gefahr, daß er genöthigt wird, die Wahrheit der Klagthatsachen von einem Eide des Klägers abhängen zu lassen. Denn es widerstrebt dem Rechtsgefühl, daß ein Beklagter sich gefallen lassen müsse, die Wahrheit der Stützen des Angriffs seines Gegners auf des Gegners Eid gestellt zu sehen. Der Eid ist das ultimum refugium, in sehr vielen Fällen das unicum refugium für die Prozeßentscheidung. Bei der Unvollkommenheit der menschlichen Dinge ist ein andrer Ausweg nicht findbar. Wer sich in ein Vertragsverhältniß einläßt, das die eine oder andre nicht sofort zur Erfüllung gebrachte Verbindlichkeit erzeugt, schenkt immer dem Mitkontrahenten ein gewisses Vertrauen, er schenkt ihm, wie das moderne Recht sagt, „Kredit“ oder, wie das alte Recht sagte, er schenkt ihm

seinen „Glauben". Leider ist in dieser Bedeutung das gute deutsche Stammwort neben dem abgeleiteten Worte „Gläubiger" nur noch in der Rechtsparömie erhalten: „Wo Jemand seinen Glauben verloren hat, da soll er ihn wieder suchen". Wie „Schuldner" vom Stammwort „Schuld", so leitet sich „Gläubiger" von „Glauben" her. Statt „Glauben" hat sich aber neuerdings das Wort „Forderung" eingeschlichen, dem einst das Wort „Forderer" entsprach,[1]) wie das Wort „Gläubiger" dem „Glauben". „Forderer" und „Glauben" sind verloren gegangen, „Forderung" und „Gläubiger" sind als sprachlich wenig zusammenstimmend übrig geblieben. Der Satz aber, daß man seinen Glauben suchen soll, wo man ihn gelassen, gilt auch für den Prozeß: wer kreditirt, muß wissen, daß er die Existenz seiner Forderung (wenn er sich nicht sonst ihres Beweises gesichert hat) dem Eide seines Schuldners anvertraut; er muß seinen „Glauben" beim beklagten Schuldner suchen.

Die Existenz der Forderung Knod's hängt nun, wie wir sahen, von dem Beweise ab, daß der Hutkauf so abgeschlossen ist, wie Kläger es darstellt, und nicht so, wie der Beklagte behauptet. Je spezieller die Klagangaben sind, zu denen der Richter den Kläger in Folge der Erklärung des Beklagten veranlaßt,[2]) desto deutlicher tritt hervor, daß bei einer Klage auf den angemessenen Preis die Erwiderung, es sei ein minderer Preis verabredet, nur bedeutet: „wir haben nicht das Geschäft geschlossen, welches der Kläger behauptet, wir haben vielmehr ein andres Geschäft abgeschlossen". Das heißt: die Gegenerklärung bedeutet nur ein Leugnen der für die Preisbestimmung maßgebenden Thatsachen. Auf den wenig glücklichen Gedanken, in jener Gegenerklärung ein E i n r e d e vorbringen zu sehen, kann lediglich der verfallen, der sich mit einer thatsächlich unzureichend begründeten Klage begnügt: die Behauptung, es enthalte die Berufung auf eine Preisabrede gegenüber einer auf Preisangemessenheit gestützten Klage ein Zugeständniß der Klagthatsachen, ist allein dann möglich, wenn man der irrigen Meinung huldigt, der Kläger begründe seine Klage auf den angemessenen Preis schon durch die Behauptung: „der Beklagte hat einen Hut gekauft; 15 Mk. ist der angemessene Preis", oder wenn man übersieht, daß in der Behauptung eines

[1]) Auch ein alt- und mittelhochdeutsches Wort. Siehe Grimm's Wörterbuch.
[2]) Siehe oben S. 56. 57. 59.

Kaufes „zum angemessenen Preise" von selbst die Behauptung liegt, ein Preis sei nicht verabredet.[1]) Ein Zugeständniß des Beklagten befreit den Kläger vom Beweise der Klagbehauptungen, wenn so viele von den Klagbehauptungen eingeräumt sind, daß aus ihnen der Schluß gerechtfertigt ist, der Klaganspruch sei begründet. Wer der Klage auf einen angemessenen Kaufpreis von 15 Mk. entgegenhält, ein Kaufpreis von 12 Mk. sei verabredet, giebt aber keineswegs sämmtliche für eine Forderung von 15 Mk. unerläßlichen Thatsachen zu: er giebt nicht zu, daß die vom Kläger geltendgemachte Vereinbarung auf den angemessenen Preis vorliege. Denn auch der Kauf zum angemessenen Preis ist ein Kauf zu vereinbartem Preise; freilich nicht zu einem (mit Worten) verabredeten Preise; die Vereinbarung liegt in den vorgekommenen Thatsachen; es ist eine Vereinbarung des Preises durch konkludente Handlungen. Fehlte eine solche Vereinbarung, so fehlte überhaupt ein Kaufabschluß. So wenig ein Kläger beweisfrei ist, der 15 Mk. als Preis eines zu liefernden für 15 Mk. verkauften Cylinderhutes einklagt, wenn der Beklagte zugiebt, einen Hut für 15 Mk. gekauft zu haben, aber behauptet, es sei ein Filzhut gewesen — so wenig ist ein Kläger beweisfrei, der für einen gelieferten Cylinderhut als angemessenen Preis 15 Mk. einklagt, wenn der Beklagte zugiebt, den Hut gekauft und geliefert erhalten zu haben, aber geltend macht, es sei ein Preis von 12 Mk. verabredet. Nur mit Hülfe einer verhängnißvollen Begriffsverwirrung kann man unserm Beklagten Brede ein Zugeständniß der klagbegründenden Thatsachen in den Mund legen.

---

[1]) Die Klage eines Schusters „auf 20 Mk. als Preis eines zu H. am 1. Nov. 1888 vom Bekl. bei ihm bestellten Paares Stiefel" ist also, wenn Bekl. den Anspruch bestreitet, eine unbegründete Klage. Fitting an dem oben S. 51 Note angef. O. ist freilich andrer Meinung. Das Ob.Trib. zu Berlin hat 1874 (Fenner und Mecke, civilr. Entsch. Bd. 5 S. 177) nach der oben im Texte vertheidigten Ansicht entschieden, indem es dem Kläger die Beweislast, daß zum angemessenen Preise bestellt sei, zuwies, wenn Beklagter sich auf einen verabredeten Preis beruft, obwohl derselbe Gerichtshof 1870 (damals noch als Oberapp.Gericht für die neuerworbenen Landestheile) umgekehrt entschied (das. Bd. 1 S. 56). Mit letzterer Entscheidung widersprach er unerklärlicher Weise einer vier Monate zuvor von demselben Referenten vorbereiteten Entscheidung, nach welcher „dem Kläger der Beweis seines Klaggrundes obliegt, wenn er den Abschluß eines unbedingten Vertrags behauptet, während verklagter Seits ein bedingter behauptet wird" (das. S. 57 und diese Schrift unten S. 98).

Der Beweissatz für den Kläger Knod würde sich dahin formuliren lassen: „daß die Verhandlungen über den Kauf des fraglichen Hutes in der vom Kläger näher behaupteten Weise stattgefunden haben." Dem träte als Gegenbeweis des Beklagten gegenüber, „daß die Verhandlungen in der von ihm behaupteten Weise stattgefunden haben, namentlich, daß Kläger, ehe Beklagter den von ihm ausgesuchten Hut nehmen zu wollen erklärte, 12 Mk. als Preis des Hutes verlangt habe".

Beweis- und Gegenbeweisthema lassen sich aber erheblich in ihrer Form vereinfachen, wenn man diejenigen Spezialfakta ausscheidet, bezüglich deren die Parteierklärungen sich decken, und wenn man den Kern des Streites dahin zusammenfaßt, daß, wie der Kläger inhaltlich seiner Klagdarstellung behauptet, von einem Preise keine Rede gewesen ist, während nach des Beklagten Angabe der Kläger 12 Mk. verlangt haben soll.

Die Begriffe des älteren Prozesses von Haupt- und Gegenbeweis sind allerdings in die C.P.O. als technische nicht übergegangen. Gleichwohl redet das Einführungsgesetz der C.P.O. an einer Stelle (im § 16) vom „Gegenbeweis"; der dadurch mit logischer Nothwendigkeit gegebene Begriff des „Hauptbeweises" ist nirgends zum Ausdruck gekommen. An einigen andern Stellen wird der Gegenbeweis umschrieben mit Ausdrücken wie „Beweis des Gegentheils", „Beweis der Unrichtigkeit", „Beweis zur Widerlegung unrichtiger gegnerischer Behauptungen."[1]) Schon das beweist, daß die Begriffe für den heutigen Prozeß noch bestehen. Sie sind für ihn auch nützlich, ja unentbehrlich. Jeder Richter muß damit operiren; sie erleichtern ihm wesentlich die Entscheidung über die Beweislast und über die Fassung des Eides. Ohne Verständniß der Begriffe des Haupt- und des Gegenbeweises würde der Richter nur mit der größten Schwierigkeit zum richtigen Ziele gelangen.

Von diesem Gesichtspunkt aus empfiehlt es sich, unserm Beweisbeschluß eine Fassung zu geben, wie sie den Vorschriften des ältern Prozesses entspricht. Danach wäre „dem Kläger Beweis aufzuerlegen, daß bei den in der Klage bezeichneten Kaufverhandlungen über den Preis nicht gesprochen worden ist, vorbehaltlich des Gegenbeweises

---

[1]) Vergl. Wilmowski und Levy, C.P.O. 6. Aufl. Bd. 1 S. 428 a. E. (§ 255 Anm. 5); §§ 121, 152, 255, 324, 380, 383, 411, 428, 429 C.P.O.

für den Beklagten, daß der Kläger bei jenen Verhandlungen 12 Mk. als Preis verlangt habe." Wer wegen des Satzes: affirmanti, non neganti incumbit probatio, am ersten Theile dieses Beweisbeschlusses Anstoß nimmt, braucht nur statt der Worte „nicht gesprochen" das Wort „geschwiegen" zu setzen.

Was wird nun aus dem beiderseits zugeschobenen und angenommenen Eide?

Die von mir durchgesehenen Arbeiten Nr. 1, 2, 3 haben sich dahin ausgesprochen, Kläger solle schwören, daß er nicht 12 Mk. verlangt habe. Das ist prozessualisch nur dann haltbar, wenn man der Ansicht ist, daß die Behauptung des Beklagten, es seien 12 Mk. verlangt, eine Einrede darstellt, daß folglich in dieser Beziehung ein Einredebeweis dem Beklagten obliegt. Da wir aber fanden, daß dies nicht richtig, daß vielmehr das Schweigen über den Preis wesentliche Klagbehauptung ist, so ist mit Unrecht vorgeschlagen, dem Kläger den Eid darüber aufzuerlegen, er habe nicht 12 Mk. verlangt.

Nr. 4 bis 8 haben richtig dem Kläger den Beweis auferlegt, daß über den Preis nichts gesprochen sei, und sie haben in Konsequenz dessen richtig dem Beklagten den Eid gegeben.

Auch über die Fassung des Eides sind die Arbeiten keineswegs einig.

Man könnte meinen, da beide Parteien wechselweis über ihre verschiedenen Behauptungen den Eid zugeschoben und angenommen haben, so seien auch beide Eide zu reguliren: für den Beklagten der Eid, daß nicht geschwiegen sei, für den Kläger der Eid, daß er nicht 12 Mk. verlangt habe. Was für einen Eindruck würde ein solches Erkenntniß machen? Doch wohl den übelsten; es stünde Eid wider Eid. Das ist unzulässig. Warum? Die Thatsachen schließen einander aus. Es ist Sache des Richters dafür zu sorgen, daß nicht ein Schiedseid gegen den anderen geschworen wird.[1]) Es folgt das aus der Logik und dem gesunden Menschenverstande.[2]) Mit Recht hat darum auch keiner der Herren in seiner Arbeit einen solchen Vorschlag gemacht.

---

[1]) Leider ermöglicht der § 495 Abs. 2 C.P.O. eine Ausnahme: in der Berufungsinstanz kann der Eid über das Gegentheil der in erster Instanz beschworenen Thatsache auferlegt werden, wenn die erstinstanzliche Eidesauflage ungerechtfertigt erscheint.

[2]) Vergl. auch § 428 mit § 411 C.P.O.

Es kann nicht genug darauf hingewiesen werden, daß in der Prozeßleitung die größte Sorgfalt auf Beantwortung der Frage zu legen ist: welcher Partei fällt der Eid zu, und wie ist der Eid zu formuliren?

Die Schrift „Ueber Proberelationen" [1]) sagt in dieser Beziehung:

„Fehlerhaft normirte Eide sind ein tägliches Vorkommniß... Um zu richtiger Eidesnormirung zu gelangen, muß eine richtige Normirung der Beweissätze mit der Feststellung vorausgehen, ob die Beweissätze kumulativ oder alternativ zu einander stehen, und wen die Beweislast trifft. Dabei ist der Beweissatz und folgeweise auch der Eidessatz zwar möglichst an die Parteibehauptungen anzuschließen, aber der eine wie der andere Satz ist möglichst von jedem überflüssigen Worte zu befreien, damit die zu beweisende bezw. zu beschwörende Thatsache scharf hervortritt. . . . Ein nicht geringer Theil der im Rechtsleben vorkommenden objektiv falsch geleisteten Parteieneide hat seinen Grund in der mangelhaften Formulirung; es wird versäumt, den Eid mit Beiseitelassung alles Unwesentlichen auf das allein entscheidende thatsächliche Moment zu stellen."

Ein tüchtiger Richter äußert darüber in einer Anzeige jener Schrift: [2]) „Hier ist der Finger in eine offene Wunde unserer Prozeßpraxis gelegt." Wenn Alles, was ich Ihnen gesagt habe und noch sagen werde, spurlos an Ihnen vorübergehen und das eine nur haften bleiben sollte, daß jeder von Ihnen mit dem festen Vorsatz in die Praxis träte, sobald und so oft er einen Schiedseid zu fassen habe, in Erinnerung an die heutige Stunde den Eid nicht leichtfertig zu reguliren, so würde ich vollständig mit diesem Resultate unseres Zusammenseins zufrieden sein. Ein gutes Stück der „Eidesnoth" unserer Tage wäre dann hinweggeräumt. Ich habe als Referendar erlebt, daß eine alte Bauersfrau einen Eid leisten sollte, in welchem das in keinerlei Schiedseid gehörige, für die Bauersfrau völlig sinnlose Wort „eventuell" vorkam. Der Richter plagte sich lange Zeit mit der Frau herum, bis er auch nur ein ähnliches Wort wie „eventuell" von ihren Lippen zu hören bekam. Verstanden hat die Frau den Eid sicher nicht. Wenn aber der Schwurpflichtige den Eid nicht

---

[1]) Zweite Auflage 1892 S. 42.

[2]) Goldschmidt im Archiv f. bürg. Recht Bd. 7 S. 383.

versteht, so ist der Eid stets falsch oder mindestens leichtfertig geleistet; der Schwurpflichtige schwört nicht das, wovon er weiß, daß es wahr ist. Ich könnte Ihnen aber noch ganz andere Beispiele bringen, in denen die Parteien dadurch, daß der Richter den Eid leichtfertig formulirt hatte, geradezu ins Zuchthaus geführt sind.

Unsere C.P.O. hat eine Bestimmung, wie der Eid gefaßt werden soll. Zur Erläuterung ist voranzuschicken: der Jurist unterscheidet einen Wahrheitseid und einen Glaubenseid oder Ueberzeugungseid, iuramentum de veritate und iuramentum de credulitate. Das soll heißen: die Partei kommt in die Lage, entweder Thatsachen beschwören zu sollen, die sie wissen muß, deren Wahrheit oder Unwahrheit ihr bekannt sind; dann handelt es sich um einen Wahrheitseid. Oder sie soll Thatsachen beschwören, deren Wahrheit oder Unwahrheit zu vertreten billigerweise ihrem Gewissen nicht zugemuthet werden darf. Dies tritt ein sowohl, wenn die Thatsachen so weit zurückliegen, daß die Partei nichts Genaues mehr davon weiß, als auch wenn es sich um Thatsachen dreht, die sich nicht der Partei selbst gegenüber ereignet haben, sondern gegenüber ihrem Rechtsvorgänger, ihrem Erblasser; dann handelt es sich um einen bloßen Glaubenseid. Das letztere ist eine mildere Eidesform. Daß ein Meineid nachgewiesen wird, ist hierbei schwer; das Glauben ist ein innerer Vorgang. Schwört Jemand dagegen einen falschen Wahrheitseid, so liegt die Annahme eines wissentlich falsch geleisteten Eides und somit die Verurtheilung wegen Meineids viel näher, wenn nur der Nachweis geführt ist, daß die beschworene Thatsache unwahr ist.

Die Fassung einerseits des Wahrheits-, andrerseits des Glaubens-
459 eides regulirt die C.P.O. (§ ~~424~~) mit folgender Bestimmung:

„Ueber eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleistet:

daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ueber andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei."

Wie ist nach dieser Vorschrift in unserm Falle der Eid zu fassen?

Da müssen wir zunächst auf eine Regel hinweisen, die dem größten Theil von Ihnen wohl neu sein wird. Wir lernten bereits, daß neben dem Eide über den Hauptbeweis nicht für den Gegner ein Eid über den Gegenbeweis regulirt werden kann, sonst stünde Eid wider Eid. Was wird aber aus der dem Gegenbeweis vorbehaltenen Thatsache, wenn der Prozeß verbietet, sie zum Gegenstande eines besonderen Eides für den Gegner zu machen? Die Regel lautet: handelt es sich um einen Hauptbeweis und um einen Gegenbeweis, welche beide nur durch Eid angetreten sind, so ist, um nicht Eid wider Eid zu reguliren, die Thatsache des Gegenbeweises in den Eid über den Hauptbeweis aufzunehmen. In unserem Falle sollte der Beklagte, der den vom Kläger über die Nichtabrede eines Preises zugeschobenen Eid angenommen hat, schwören, daß bezüglich des Preises nicht geschwiegen ist. Es blieb dabei dem Beklagten vorbehalten, seinerseits gegenbeweislich darzuthun, daß Knod 12 Mark verlangt habe. Da dieser Gegenbeweis nur durch Eid angetreten ist, so tritt die Thatsache, daß 12 Mark verlangt sind, in den Eid des Beklagten mit ein, und zwar in positiver Form. Wenden wir nun den § 424 C.P.O. an, wie er in der Praxis meist angewandt wird — und um es recht drastisch zu machen, nehmen wir an, der Ueberzeugungseid (nicht der Wahrheitseid) sei am Platze, so daß die zweite der oben mitgetheilten[1]) Formeln des § 424 C.P.O. anzuwenden ist —, dann würde der Eid wie folgt lauten:

„Ich schwöre, daß ich nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache nicht wahr sei, daß bei den in der Klage bezeichneten Kaufverhandlungen über den Preis nicht gesprochen sei, daß vielmehr die Thatsache wahr sei, daß Kläger für den Hut 12 Mark als Preis verlangt habe."

Denken Sie sich in die Lage des Beklagten. Würde Ihnen an seiner Stelle ein solcher Eid sehr gefallen? Ich glaube kaum.

---

[1]) Siehe S. 88, Schlußsatz.

Wenn Sie irgendwo in der ganzen Welt einen des Deutschen Kundigen aufsuchen und ihm sagen, er möge Ihnen über das, was den Streitpunkt in Sachen Knod gegen Brede bildet, einen Eid formuliren: einen so verschrobenen und verzwickten Eid, wie den obigen mit doppelter Negative und mit fünf durch „daß" eingeleiteten Nebensätzen formulirt er nur, wenn er ein dem Leben entfremdeter Jurist ist. Daraus können Sie schließen, daß die Verfasser der C.P.O., denen doch sicher ein gutes Theil Sach- und Sprachverstand zugetraut werden darf, solche Eide nicht in die Welt setzen wollten. Gewöhnlich ändert die Praxis den Satz: „daß die Thatsache wahr sei", in den Satz um, „daß es wahr ist". Wenn aber der Richter befugt erscheint, „die Thatsache" in „es" und den Konjunktiv „sei" in den Indikativ „ist" zu verwandeln, dann ergiebt sich, daß überhaupt in der Auffassung der Praxis die C.P.O. nicht eine sakrosankte Eidesformel gebieten, sondern nur umschreibend andeuten will, worauf der Inhalt des Eides zu richten ist. Und diese Auffassung trifft den Willen des Gesetzgebers. Ihr zufolge muß aber der Richter weiter für befugt gelten, den ganzen Satz: „daß die Thatsache wahr" oder „daß die Thatsache nicht wahr sei", zu ersetzen durch die in den Eid aufzunehmende Thatsache des konkreten Rechtsfalles. Wenn ich schwöre, „daß die Thatsache wahr ist, daß 12 Mk. verlangt sind", so heißt das eben nichts Anderes, als wenn ich schwöre, „daß 12 Mk. verlangt sind". Die Worte: „daß die Thatsache wahr ist", sind überflüssig. Also weg mit diesem unnützen und deshalb nur schädlichem Ballaste in den Eidesformeln!

Wir würden uns demnach für berechtigt halten, obigen Eid zu vereinfachen, das Mittelglied zu entfernen und kürzer zu sagen:

„Ich schwöre, daß ich nach sorgfältiger Erkundigung nicht die Ueberzeugung erlangt habe, daß Kläger und ich bei den fraglichen Kaufverhandlungen über den Preis des Hutes nicht gesprochen haben, daß ich vielmehr die Ueberzeugung erlangt habe, daß Kläger für den Hut 12 Mk. verlangt hat."

Schön ist aber der Eid immer noch nicht. Er würde viel annehmbarer lauten, mag man ihn in der Ueberzeugungs- oder, wie im Falle Knod gegen Brede erforderlich, in der Wahrheitsform formuliren, wenn der mittlere Satz gestrichen werden könnte, da er doch nichts andres sagt als der letzte Satz. Nun will ich bemerken — und das ist etwas, worauf ich Gewicht lege — : die Herren

Studiosen,[1]) welche noch nicht im Banne der C.P.O. und der heutigen Praxis stehen, sind zu dem sehr klaren, einfachen und vernünftigen Eid gelangt:

„Kläger soll schwören, daß er für den Hut nicht 12 Mk. verlangt hat".

Die Herren dagegen, die schon mit der C.P.O. und der Praxis vertraut sind, so daß jene schleppende Redeweise ihnen geläufig war, haben sämmtlich den häßlichen Zwischensatz, „daß es wahr ist", eingeschoben. Halten wir es mit dem natürlichen Sprach- und Rechtsgefühle. Lassen wir also kühnlich die Klausel, „daß die Thatsache wahr sei", hinweg. Scheiden wir ferner alles weiter Entbehrliche aus dem Eide aus. Je kürzer, desto besser und verständlicher wird er. Wenn der Beklagte schwören soll, „daß über den Preis nicht geschwiegen, sondern daß 12 Mk. verlangt sind", so frage ich: wozu dieser erste Satz? Schwört der Beklagte, daß bei den Kaufverhandlungen 12 Mk. verlangt sind, so hat er doch zugleich beschworen, daß bei den Kaufverhandlungen über den Preis nicht geschwiegen ist. Also viel einfacher lautet für den Beklagten der Eid: „Ich schwöre, daß Knod bei den Kaufverhandlungen 12 Mk. verlangt hat". Schließlich wäre es noch einfacher, auch die Konjunktion „daß" wegzulassen: „Ich schwöre: Knod hat bei den Kaufverhandlungen 12 Mk. verlangt". Das ist ein einfacher, natürlicher, keinerlei Zweifeln unterworfener Eid, und zu einem solchen Eide müssen wir in unserem Prozesse gelangen.

Wie sind nun die Entscheidungen der Herren ausgefallen? Allein der Verfasser der Arbeit Nr. 8 hat die Eidesformel richtig gefaßt. Aber nur anfänglich. Später sind ihm Skrupel gekommen. Aus dem natürlichen Juristen ist der künstelnde herausgewachsen: er hat mir einen Nachtrag geschickt, in welchem er zu einem vermeintlich richtigeren Resultat kommt. Besser wäre er beim Früheren geblieben. Ich verlese beide Entscheidungen. Der natürliche Jurist fällt folgendes Urtheil:

1. Beklagter wird verurtheilt, an Kläger 12 Mk. zu zahlen und $^{4}/_{5}$ der Prozeßkosten zu tragen; das Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt,
2. Beklagter hat folgenden Eid zu leisten:

---

[1]) Die Verfasser der Arbeiten Nr. 1 und 2.

Ich schwöre, daß Kläger von mir für den am 1. Juli gekauften Hut 12 Mk. gefordert hat, so wahr ꝛc.

Schwört Beklagter diesen Eid, so wird Kläger mit seiner weiteren Forderung abgewiesen und verurtheilt, $1/5$ der Prozeßkosten zu zahlen; schwört Beklagter diesen Eid nicht, so wird er verurtheilt, an den Kläger noch weitere 3 Mk. zu zahlen, auch den Rest der Prozeßkosten zu tragen.

Der künstelnde, skrupulös gewordene Jurist dagegen setzt an die Stelle der eben mitgetheilten Nr. 2:

Beklagter hat folgenden Eid zu leisten:

Ich schwöre, daß der Kläger für den Hut eine bestimmte Summe, nämlich ....[1]) Mark von mir gefordert hat.

Schwört Beklagter diesen Eid, so wird er verurtheilt, diejenige Summe an den Kläger zu zahlen, welche sich darstellt als Differenz zwischen der nach dem vom Beklagten geleisteten Eide vom Kläger geforderten Summe und 12 Mk., nicht jedoch zur Zahlung einer größeren Summe als weiterer 3 Mk., mit der etwaigen Mehrforderung wird Kläger abgewiesen, das Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt, die Entscheidung über die Kosten dem Purifikationsurtheile vorbehalten;

schwört Beklagter diesen Eid nicht, so wird er verurtheilt, an den Kläger noch weitere 3 Mark zu zahlen, auch den Rest der Prozeßkosten zu tragen.

Wenn Sie diese beiden Eidesformeln hören, so werden sie sich zweifellos für die erstere entscheiden. Aber der zweiten komplizirteren liegt immerhin ein ganz interessanter Gedanke zu Grunde.

Der Autor dieser Formel hat sich gesagt: jetzt zwar behauptet der Beklagte, 12 Mk. habe der Kläger verlangt, es könnte indeß sein, daß Knod $12^1/_2$, 13 oder 14 Mk., überhaupt irgend eine zwischen der Grenze von 12 bis 15 Mk. liegende Summe verlangt hat, deshalb muß man dem Beklagten offen halten, daß er dies geltend macht, indem er im Schwurtermin die Zahl $12^1/_2$, 13 oder 14 ꝛc. statt der Zahl 12 in den Eid hineinschiebt. Es ist zwar bisher im Prozesse immer nur von 12 Mk. die Rede gewesen; sollte

[1]) Die Punkte rühren vom Verfasser der Eidesformel her und sollten im Sinne desselben andeuten, es bleibe dem Schwurpflichtigen vorbehalten, im Eidestermine je nach seinem Belieben eine zwischen 12 und 15 Mk. liegende Summe in den Eid einzurücken.

jedoch nachträglich Beklagter erklären, es seien mehr als 12 Mk. verlangt, so ist ihm die Freiheit zu lassen, diese höhere Summe zu beschwören. Das ist insofern richtig, als der Schwurpflichtige sich noch nach der Eidesauflage unter Zurücknahme früherer Behauptungen zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten kann.[1]) Daraus folgt aber keineswegs, daß der Richter bei der Eidesformulirung auf eine solche Möglichkeit Rücksicht zu nehmen hätte. Gegenstand des Eides muß das vor der Eidesauflage Seitens der Parteien Behauptete sein. Warum hat in unserm Falle der Beklagte behauptet, daß 12 Mk. verabredet sind? Sie erinnern sich, daß bei der kursorischen Behandlung unseres Falls auf meine Frage nach dem entscheidenden Punkt geantwortet wurde: „Es kommt lediglich darauf an, ob Brede 15 Mk. oder 12 Mk. zu zahlen hat". Wir waren einig: entweder war Brede zur Zahlung von 12 Mk. oder von 15 Mk. zu verurtheilen. Das war wiederum das natürliche Gefühl, das uns richtig leitete.

Nr. 5 hat mit der Unterschrift „Domitius Labeo" eine Ausführung geliefert, die gerade das Gegentheil von dem vertheidigt, was ich Ihnen ausgeführt habe; sie sagt: „die Klage ist gestützt auf den angemessenen Preis; das ist etwas ganz Anderes als der verabredete Preis; beweist nun der Beklagte, daß der Preis verabredet ist, so erscheint es als gleichgültig, welcher Preis verabredet sein soll, der Kläger muß, weil der Klaggrund beweislos geblieben, überhaupt abgewiesen werden. In den Eid ist deshalb nur aufzunehmen, daß über den Preis nicht geschwiegen worden ist. Wie kann eine Partei über ihre eigene Behauptung, daß Kläger 12 Mk. verlangt habe, zum Eide zugelassen werden? Der Beklagte würde ja dadurch, daß er in die Lage kommt, die Vereinbarung von 12 Mk. zu beschwören, sich selbst einen billigen Hut erschwören." Das sind Gründe, die einen gewissen Schein für sich haben. Vor einer gesunden Jurisprudenz halten sie aber nicht Stich. Daß die Klage auf den angemessenen Preis einen anderen Klaggrund habe, als die auf den verabredeten, ist nicht zuzugeben. Das Eine wie das Andere ist eine Kaufklage, und zwar gerichtet auf den durch Abrede oder durch schlüssige Handlungen festgestellten Preis. Dies hat Nr. 6 mit Gründen ausgeführt, die ich zwar nicht völlig billige, die jedoch in der Hauptsache sehr verständig sind. Nr. 6 sagt:

---

[1]) § 431 C.P.O.

„Die einräumende Erklärung des Beklagten, daß ein Preis von 12 Mk. vereinbart sei, verliert den Charakter des Zugeständnisses nicht dadurch, daß der Beklagte im Widerspruch zum Kläger ausdrückliche Vereinbarung behauptet. Dies wird sofort klar, wenn man den Fall setzt, daß Kläger als stillschweigend verabredeten Angemessenheitspreis auch nur 12 Mk. verlangen und der Beklagte dem mit der Behauptung entgegentreten würde, der Preis von 12 Mk. sei ausdrücklich vereinbart."

Das soll heißen: kein verständiger Richter würde doch, wenn der Kläger als angemessenen Preis 12 Mk. fordert, es sich aber herausstellt, daß 12 Mk. verabredet seien, den Kläger mit seiner Klage abweisen; jeder Richter würde vielmehr sagen: der Beklagte hat 12 Mk. zu zahlen; darauf kommt es nicht an, ob dieser Kaufpreis der angemessene oder der verabredete ist. Das ist aber gerade, was Nr. 5 bestreitet. Daß dies Bestreiten fehl geht, sehen wir aus folgenden Beispielen: Ein Kläger klagt einen Kaufpreis von 12 Mk. ein, ohne zu sagen, ob der Preis angemessen oder vereinbart sei. Der Beklagte rügt nicht die ungenügende Klagbegründung, wie er mit Erfolg könnte, sondern sagt: „Ich gebe die Klagthatsachen zu, aber ich habe bezahlt." Die Zahlung wird nicht erwiesen. In diesem Falle wird der Beklagte verurtheilt, 12 Mk. zu zahlen, wenngleich nichts darüber erhellt, ob die Klage sich auf Angemessenheit oder Verabredung des Preises gründet. Ebenso würde die Sache liegen, wenn Kläger behauptet hätte, daß der von ihm geforderte Preis verabredet und zugleich angemessen sei, sofern Beklagter Beides nachgiebt. Der Richter hat nicht darüber sich auszusprechen, ob er auf Grund des zugestandenen angemessenen oder des zugestandenen verabredeten Preises verurtheilt, er hat zu verurtheilen, ohne diese Frage zu erörtern.

Was ich außerdem am Rande der einzelnen Arbeiten bemerkt habe, überlasse ich den betreffenden Verfassern nachzulesen; ich bespreche es nicht, weil es nicht von allgemeinerem Interesse ist. Künftig werde ich mit den Arbeiten ebenso verfahren.

Das nächste Mal theile ich Ihnen unter erläuternden Bemerkungen mit, wie ich das Urtheil in Sachen Knod gegen Brede fällen und begründen würde. Dann sollen noch die aus diesem Falle meiner Meinung nach resultirenden Rechtssätze folgen.

# 5.

In dem Prozesse, in welchem der Huthändler Knod 15 Mk. als angemessenen Preis für den an Brede verkauften Hut verlangt, während Brede nur 12 Mk. als verabredeten Preis zahlen will, waren wir so weit gediehen, daß wir dem Beklagten einen Eid darüber auferlegt hatten, Knod habe bei den Kaufverhandlungen 12 Mk. verlangt, d. h. also einen Eid, in welchem der Beklagte die Wahrheit seiner eigenen Behauptung erhärten sollte. Gerade dieser Eigenthümlichkeit wegen habe ich den Fall überhaupt gewählt oder, wie ich offen gestehen will, erfunden; denn dieser Fall ist — im Gegensatz zu den späteren Fällen — nicht wirklich vorgekommen. Alle künftigen Fälle dagegen sind aus Akten entlehnt; diesen habe ich mir konstruirt, weil ich Sie zunächst mit einer ganzen Reihe von grundlegenden Regeln vertraut machen wollte, die sich an diesem Fall passend entwickeln ließen, und die Ihnen für das, was wir weiter verhandeln wollen, von Nutzen sein werden. Deshalb halten wir uns bei diesem Fall länger auf als wahrscheinlich bei den anderen.

Es war mir unzweifelhaft, als ich die acht von mir durchgesehenen schriftlichen Arbeiten über diesen ersten Fall zusammenhielt, daß Referendar „Domitius Labeo" jedenfalls der entschiedenste Gegner des von mir in Sicht genommenen Ausgangs unseres Prozesses war, und er hat mir denn auch nachträglich noch eine besondere Gegenausführung gegen das Resultat eingesandt, zu welchem ich gelangen will. Keineswegs halte ich die von ihm gestellten Fragen für quaestiones Domitianae, und hoffentlich wird er, was ich erwidere, auch nicht für eine responsio Celsina erachten. Daß er sich dagegen sträubt, meiner Ansicht sich zu fügen, ist gewiß natürlich und lobenswerth. Daraus folgt freilich nicht, daß man, nachdem man einmal seine Ansicht ausgesprochen hat und nun eine andere vielleicht doch plausibelere hört, für alle Zukunft bei der anfänglich gefaßten Meinung beharrt. Man muß dann weiter nachdenken und wird mannigfach finden: am Ende

hat der Gegner doch Recht. Hoffentlich wird deshalb auch Domitius Labeo schließlich vom Saulus zum Paulus bekehrt. Einen besonderen Werth lege ich auf seine schriftliche Arbeit, weil sie eine Meinung gut vertritt, die ich nicht theile. Ueberhaupt aber sind mir Ihrer Aller Arbeiten von Werth. Sie dienen mir zur Prüfung und Bestärkung meiner eigenen Ansichten. Dabei nützen sie ihren Verfassern. Denn den Herren, die mit der Feder in der Hand ihre Gedanken über unsere Fälle zu Papier bringen, wird eine Veranlassung geboten, sich die Sache gründlich zu überlegen. Es treten dann für uns Alle neue Gesichtspunkte auf, wie in dieser Arbeit, und das ist immer lehrreich.

Domitius Labeo stellt als Hauptsache hin, es sei doch ein allgemeiner Rechtssatz, daß nie eine Partei über ihre eigenen Behauptungen zu schwören habe. Das ist an sich richtig; aber keine Regel ist ohne Ausnahme, und gerade unser Fall konstatirt eine solche Ausnahme, wie ich demnächst nachweisen werde. Sodann wirft Domitius mir ein: „Wie, wenn Brede sagte: „„daß nicht über den Preis geschwiegen ist, weiß ich bestimmt; es ist ein Preis verabredet; aber welcher, das habe ich vergessen?"" Dann kann Brede doch nicht zu dem Eide kommen, daß 12 Mk. verlangt seien; denn das hat er ja selbst nicht behauptet." Was meinen hierzu wohl die anderen Herren, die diesen Einwand gegenwärtig zum ersten Male hören? Was würden Sie als Richter sagen? Ich erhalte die Antwort: „Daß der angemessene Preis als vereinbart zu gelten habe." Richtig! Das hieße — anders ausgedrückt —: das Vorbringen des Brede ist bedeutungslos. Und das nehme auch ich an. Wenn Brede nicht sagen kann, was verabredet sein soll, so lasse er sich überhaupt auf den Prozeß nicht ein; zahle er lieber ohne Weiteres die 15 Mk. Denn, weiß er nicht, was als Preis verabredet ist, so könnten ja auch 15 Mk. verabredet sein, und dann müßte Brede die eingeklagten 15 Mk. zahlen; also Brede's Erklärung ist kein genügendes Bestreiten des Klaganspruchs. Jeder, der Prozeß führen will, muß die Thatsachen genau kennen, von denen der Gewinn oder Verlust seines Prozesses abhängt.

Wie steht es aber mit dem anderen Einwande: Niemand soll in die Lage kommen, die Wahrheit seiner eigenen Behauptung zu beschwören? Um Ihnen klar zu machen, daß das nicht ausnahmslos richtig ist, will ich Sie noch einen anderen Weg führen, als den, welchen wir das letzte Mal einschlugen.

Ich erinnere mich unter den alten Gerichtsbüchern, die ich weiland des Näheren kennen gelernt habe, eines aus dem Beginn des sechszehnten Jahrhunderts, also aus einer Zeit, in der das römische Recht noch nicht völlig durchgedrungen war. Da stand vermerkt: „Der Beklagte soll angehalten werden, sein Nein durch einen Eid wahr zu halten.“ Hierin spricht sich ein für unsern Zweck ganz brauchbarer Gedanke aus. Ein Kläger, der einen Eid zuschiebt, veranlaßt den Beklagten, so zu sagen, „die Wahrheit seines Leugnens“ zu beschwören. Das ist nur ein anderer, aber sehr treffender Ausdruck dafür, daß der Kläger nicht selbst über seine Klagbehauptungen schwören soll.[1]) Wenn aber ein Kläger zur Begründung seiner Klage eine negative Behauptung bringt, dann ist die Negation dieser Negative eine Positive. Schon in der Mathematik lernen wir ja, daß ein doppeltes Minus ein Plus bedeutet. Unterstellt, Knod und Brede besprechen sich vor Beginn ihres Prozesses über ihre Angelegenheit. Knod sagt: „Sie wissen doch, wir haben keinen Preis verabredet?“ Dann wird Brede antworten: „Jawohl haben wir einen Preis verabredet, nämlich 12 Mk.“ Die Negative wird demnach auch in der gewöhnlichen Unterhaltung des Lebens mit einem Jawort verneint. Soll also ein Beklagter „die Wahrheit seines Leugnens“ beschwören, und besteht das Leugnen in einer Bejahung, so heißt das, daß er das Ja zu beschwören hat. Und deshalb muß Brede beschwören, „daß Knod 12 Mk. verlangt habe“; denn dies Beschwören ist nichts Anderes als das ihm obliegende Beschwören seines Leugnens. Der Eid Brede's: „Knod hat bei unserm Handel 12 Mk. verlangt,“ ist lediglich die in knappster Form gefaßte Negation der von Knod zur Begründung seiner Klage gegebenen und zur Begründung dieser Klage erforderlichen Darstellung, wie der Handel geschlossen sein soll. Das ist die Konsequenz der Lehre von der Nothwendigkeit des substanziirten oder motivirten Leugnens; es ist auch die Konsequenz des Satzes, daß in den über den Hauptbeweis angenommenen Schiedseid die gegenbeweisliche Behauptung des Eidespflichtigen mit aufzunehmen ist.[2])

Vielen von Ihnen wird ein Beispiel bekannt, jetzt aber vielleicht gerade nicht in Erinnerung sein, das klar ergiebt, wie wenig Auf=

---

[1]) Vergl. oben S. 46 bis 48.

[2]) Siehe oben S. 89.

fälliges es hat, den Beklagten die positive Behauptung beschwören zu lassen, mit der er einer negativen Klagbehauptung entgegentritt.

Es ist jetzt ein so zu sagen allgemein anerkannter Satz, daß, wenn der Beklagte geltend macht, es sei dem der Klage zur Grundlage gegebenen Geschäfte eine aufschiebende Bedingung beigefügt, der Kläger die Unbedingtheit des Geschäfts und der Beklagte gegenbeweislich die Bedingtheit darthun müsse.[1]) Nehmen wir an, ein Kläger habe in solchem Falle seinen Beweis durch Eideszuschiebung angetreten und der Beklagte habe den Eid angenommen, so ist in der Praxis heutzutage kein Zweifel mehr, daß der Beklagte die von ihm behauptete Bedingtheit des Geschäfts beschwören muß. Denn bei einem Streite über den Inhalt eines Geschäfts muß der Kläger

---

[1]) So ist konstant die Rechtsprechung des Reichsgerichts, des Reichsoberhandelsgerichts, des Oberappellationsgerichts zu Berlin (Fenner und Mecke, Civilr. Entsch. I, 57), zu Kiel („nach richtiger immer angewandter Ansicht;" das. S. 57), zu Kassel (seit 1837 — Ztschr. f. Recht und Gesetzgebung in Kurhessen II, 196 ff. —, ja seit 1802 — Heuser, Annalen X, 603 ff.), zu Celle (seit 1836 — Seuffert, Arch. X, 429), zu Stuttgart (1852, Plenarbeschluß mit 7 gegen 2 Stimmen, das. V, 308), zu Darmstadt (1854, das. VIII, 426), zu Dresden (1860, das. XV, 425; 1849 in zwei Fällen ebenso, in einem Falle gegentheilig, das. II, 416), so auch die bei weitem meisten Rechtslehrer; desgl. der Entw. des bair. G.B. v. 1861 Art. 69 und der Entw. des deutschen Bürg. G.B. von 1888 § 196. Das O.A.G. zu Jena stellte sich 1847 und der Kassationshof zu Wolfenbüttel stellte sich 1860 vereinzelt auf den gegentheiligen Standpunkt (Seuffert, Arch. I, 408). — Bei der zweiten Lesung des deutschen B.G.B. ist § 196 gestrichen, nach den Protokollen keineswegs aber etwa, weil die Richtigkeit der Bestimmung der Beweislast bei Suspensivbedingungen angezweifelt wäre. Neuerdings ist Fitting, Ztschr. für Civ.Pr. Bd. 13 S. 55, 56 für die Meinung eingetreten, die Beweislast treffe den, der die Bedingung behaupte.

[Während der Vorbereitung dieser Bogen erschien eine Schrift von Betzinger (Landgerichtsrath in Waldshut), „Die Beweislast im Civilprozeß". Sie stellt sich auf Fitting's Standpunkt und gelangt überhaupt zu Resultaten, die den im Text vertheidigten schnurstracks entgegenstehen. Der Vf. wünscht eine Rückkehr zu der ältern Theorie, die in der Geltendmachung einer Bedingung ꝛc. eine Einrede sieht. Interessant ist die Schrift, weil sie als Ausfluß gesunden Rechtsgefühls und gesunder Logik gerade das Gegentheil von Dem bezeichnet, was Andern ihr Rechtsgefühl und ihre Logik lehrt. Die Grundregel für die Beweislast soll sein: jede Partei habe die ihr vortheilhaften Thatsachen zu beweisen. Dadurch würde gegen die obersten Prozeßprinzipien der Beklagte aus seiner zu begünstigenden Beklagtenrolle gedrängt, und es würde dem Kläger, der die Berechtigung seines Angriffs darzuthun hat, der Eid über die Stützen seines Angriffs zugewendet (siehe oben S. 81. 82)].

einen solchen Inhalt beweisen, der seiner Klage die Stützen giebt, und es gebührt dem Beklagten der Eid über das Nichtvorhandensein dieser Stützen. Nur durch ein unbedingtes Geschäft wird die Klage gestützt; aus einem bedingten wäre sie nicht gegeben. Somit hat der Beklagte die Unbedingtheit, wenn sie streitig wird, eidlich zu verneinen, d. h. er hat die Bedingtheit eidlich zu bejahen. Da haben wir also einen Prozeß, in welchem ebenfalls der Beklagte seine eigene Behauptung beschwört. Nirgends nimmt die Praxis Aergerniß daran. Ebenso liegt die Sache — und dies ist meines Wissens niemals von irgend Jemandem[1]) bestritten worden — in dem bereits berührten Falle, in welchem ein Beklagter die Wahrheit der von ihm (und die Unwahrheit der vom Kläger) behaupteten Preisabrede beschwört,[2]) ebenso liegt sie ferner in unserem Falle Knod gegen Brede. Wir beharren also dabei: dem Beklagten gebührt der Eid, daß der Kläger 12 Mk. verlangt habe.

Aber damit sind wir noch nicht am Schlusse unserer Erörterung. Es bleibt die wichtige Frage zu untersuchen übrig: hat der Richter diesen Eid durch „Beweisbeschluß" aufzuerlegen oder durch ein technisch sog. „bedingtes Endurtheil?" Der Beweisbeschluß hätte etwa dahin zu lauten: „Es wird Termin anberaumt, in welchem der Beklagte den — oben formulirten — Eid zu leisten hat". Weiteres hat der Richter nicht auszusprechen; er erspart dadurch vorläufig die Abfassung eines die Eidesauflage begründenden Erkenntnisses, er erspart also auch, sich darüber zu äußern welche Folgen die Leistung, welche die Nichtleistung des Eides hat. Er verfügt einfach die Eidesleistung, gerade als wenn er Zeugen oder Sachverständige vorzuladen hätte. Das ist „der durch Beweisbeschluß auferlegte Eid". Ich sagte Ihnen schon,[3]) daß ein solcher Beweisbeschluß die Einigkeit der Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides voraussetzt. Sind die Parteien hierüber nicht einig, so muß der Richter (von einzelnen uns hier nicht interessirenden besonderen Fällen abgesehen) ein „bedingtes Endurtheil" erlassen, d. h. er muß nunmehr den ganzen Prozeß schriftlich fixiren, er muß mit Gründen belegen, warum er zu diesem Eide kommt, und er muß die Folgen feststellen, je nachdem der Eid geleistet wird oder nicht. Dieses bedingte Endurtheil

[1]) Auch nicht von Fitting und nicht von Betzinger.

[2]) Siehe oben S. 68.

[3]) Siehe oben S. 79.

hat der Richter zu erlassen, wenn er zweifelt, ob die Parteien einig sind, oder wenn er weiß, daß sie es nicht sind. Wie liegt nun unser Fall? Von den sämmtlichen Herren hat nur Referendar P. einen Beschlußeid in dieser Sache gefaßt; er hält es also nicht für erforderlich, daß ein bedingtes Endurtheil erlassen werde. Die anderen Bearbeiter haben ein bedingtes Endurtheil geliefert. Der Richter könnte auch versuchen, den Eid durch Beweisbeschluß zu erheben, und abwarten, ob eine der Parteien statt dessen ein bedingtes Endurtheil begehrt.[1]) Dafür, daß alsbald ein bedingtes Endurtheil erlassen werde, spricht folgende Erwägung. Kläger hat den Eid zugeschoben und Beklagter hat denselben angenommen; zugleich hat Beklagter über seine Gegenbehauptung den Eid zugeschoben und Kläger hat ihn angenommen; somit steht fest, daß die Parteien nicht einig sind, wer den Eid zu leisten und wie der Eid zu lauten hat; deshalb ist ein bedingtes Endurtheil angezeigt. Das bedingte Endurtheil hätte auch noch einen Vorzug vor dem Beschlußeid. Gesetzt, der durch Beschluß festgesetzte Eid würde geleistet, und nun legte der Gegner Berufung gegen das spätere Endurtheil ein, weil ihm und nicht dem Eidesleister der Eid habe zufallen müssen, so könnte der Ausgang sein, daß in zweiter Instanz der Eid der anderen Partei zufiele, daß also dann Eid gegen Eid geleistet werden müßte, was in diesem Falle die C.P.O. zuläßt.[2]) Der Herr, der zu dem Beschlußeid gekommen ist, hat aber Gründe dafür entwickelt, die einen prinzipiellen bedeutungsvollen Fehler enthalten. Er führt aus, ein bedingtes Endurtheil sei unzulässig, weil nach Leistung des Eides noch die über die Angemessenheit des Preises benannten Sachverständigen zu vernehmen seien.

Hierin liegt ein doppelter Mißgriff: 1. nach dem Thatbestand, der Ihnen unter I gegeben war, ist die Thatsache, daß der Preis von 15 Mk. angemessen sei, feststehend; es kommt also zu keiner Vernehmung von Sachverständigen über die Angemessenheit; wären aber auch Sachverständige zu vernehmen, so stünde 2. dieser Umstand in keiner Weise dem bedingten Endurtheil entgegen; natürlich müßten die Sachverständigen v o r der Leistung des Eides vernommen werden.[3]) Die Nothwendigkeit der Erhebung anderer Beweise außer

[1]) Auf diesen Punkt wird näher zum Rechtsfall V (unter Nr. 13 am Ende) eingegangen werden.

[2]) Vergl. oben S. 86 Note. — [3]) Siehe oben Seite 79.

dem Eide kann nie den Grund für die Nothwendigkeit abgeben, den auch als Beweismittel zur Hand genommenen Eid durch Beschluß aufzuerlegen. Das Gesetz kennt nur mangelnde Einigkeit der Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides als Grund, ein bedingtes Endurtheil zu erlassen.

Also wir entscheiden uns in unserm Falle für ein bedingtes Endurtheil. Nun müssen wir nach den Folgen fragen, welche sich an die Leistung oder Verweigerung des Eides knüpfen:

Beklagter soll schwören: Knod hat bei den Kaufverhandlungen über den fraglichen Hut 12 Mk. als Preis verlangt.

Als wir Eingangs unsern Fall kursorisch besprachen, haben die Herren auf meine ersten Fragen geantwortet:[1]) Der Ausgang des Prozesses kann nur sein, entweder Beklagter muß 12 Mk. oder er muß 15 Mk. zahlen. Das ist vollständig richtig, demnach kann das bedingte Endurtheil nur dahin gehen, daß je nach Leistung oder Nichtleistung des Eides der Beklagte zu 12 Mk. oder zu 15 Mk. verurtheilt wird. Daß er 12 Mk. zu zahlen hat, ist unabhängig von der Eidesleistung sicher; denn er sagt selbst, daß Knod soviel für den Hut verlangt habe. Die Verurtheilung zu 12 Mk. ist deshalb voranzustellen,[2]) und die Urtheilsformel hat als ersten Satz aufzunehmen:

„Beklagter wird verurtheilt, 12 Mk. zu zahlen, auch $^4/_5$ der Prozeßkosten zu tragen."

Der zweite Satz muß besagen:

„Beklagter soll schwören, daß Knod bei den Kaufverhandlungen über den in der Klage bezeichneten Hut 12 Mk. verlangt hat,
schwört er den Eid, so wird Kläger mit den übrigen 3 Mk. abgewiesen, auch hat er $^1/_5$ der Kosten zu tragen,
verweigert er den Eid, so wird Beklagter verurtheilt, noch 3 Mk. zu zahlen, auch noch $^1/_5$ der Kosten zu tragen."

Einzelne Herren und namentlich Domitius Labeo wollen, wenn der Eid geschworen wird, die ganze Klage abweisen, weil die Behauptung des Klägers sich als unwahr herausgestellt habe, daß nichts über den Preis verabredet sei. Das ist ein Erkenntniß, das ich für einen Mißgriff erkläre.[3]) Denken Sie sich wieder, Brede ginge, wie

[1]) Vergl. oben S. 51.

[2]) Näheres über diese Voranstellung unten zu Rechtsfall VII (Nr. 15).

[3]) Vergl. oben S. 68.

vor dem Beginne seines Prozesses, mit seinem Freund Müller spazieren; sie sprechen über den weiteren Verlauf des Prozesses. Brede erzählt: „Es ist höchst merkwürdig; ich sagte 12 Mk. koste der Hut, Knod sagte 15 Mk. und das Ende vom Liede war, Knod ist mit seiner ganzen Klage abgewiesen. Der Richter hat uns auseinandergesetzt, die ganze Klage basire darauf, daß Knod den angemessenen Preis des Hutes zu fordern berechtigt sei; meine Eidesleistung habe der Klage ihre Stütze entzogen; es müsse deshalb die Klage abgewiesen werden, es bleibe allerdings dem Knod vielleicht unbenommen, später noch einmal zu klagen, nachdem er sich mit dem Gedanken vertraut gemacht habe, daß ein Preis verabredet sei; vorläufig aber habe Brede nichts für den Hut zu zahlen". Ein solches Erkenntniß gehört zu denen, welche, wie ich Ihnen früher sagte, Abweisungsgründe hervorsuchen. Wenn beide Parteien ein Erkenntniß tadeln, dann meine Herren, können Sie in der Regel glauben, das Erkenntniß taugt nichts. Hier aber macht sich Brede über das Erkenntniß lustig, und Knod ist sicher empört darüber. Das Erkenntniß giebt den Parteien einen Stein statt Brodes. Die Parteien unseres Prozesses wollen wissen, ob Beklagter 12 oder 15 Mk. zu zahlen hat, und sie erfahren, daß er (zunächst wenigstens) nichts zu zahlen hat. Die erste Aufgabe des Richters ist, sich klar zu machen: Was wollen die Parteien in diesem Prozeß entschieden haben? Das Urtheil muß die genaue Antwort auf die Frage der Parteien sein. Haben wir erkannt, daß die Frage ist, ob Brede 12 Mk. oder 15 Mk. zu zahlen hat, so kann das Urtheil nicht lauten: die Klage wird abgewiesen. Auch ist es immer ein Fehler, wenn der Richter den Prozeß so leitet, daß das, was er in einem Prozeß entscheiden kann, nunmehr in zwei Prozessen entschieden werden muß [1]) (abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich eine Prozeßtheilung zuläßt). Dazu ist die Justiz nicht da. Knod will nicht entschieden haben, ob er seinen Preis als auf der Angemessenheit oder auf der Verabredung beruhend fordern kann — hieran hat er als vernünftiger Mensch nicht das geringste Interesse —, sondern er will entschieden haben, ob ihm Brede 12 oder 15 Mk. Kaufgeld schuldet. Einer von den Herren hat diesen Gedanken mit richtigem Rechtsgefühle ausgeführt.

[1]) Die Motive der C.P.O. betonen mehrfach das Bestreben, die Prozesse zu vermindern, z. B. S. 187. Vergl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 8 S. 416.

Er setzt den Fall, daß Brede der Klage gegenüber sage, 15 Mk. sei nicht der angemessene, wohl aber der vereinbarte Preis. Dann würde jeder Richter doch ohne Weiteres zu 15 Mk. verurtheilen. Der betreffende Herr hat aber den Grund nicht völlig getroffen: in der Erklärung Brede's sieht er ein theilweises „Geständniß" der den Preis betreffenden Klagbehauptung. Das ist insofern nicht richtig, als der Beklagte die Behauptung, es sei der angemessene Preis als vereinbart zu betrachten, zweifellos geleugnet, also bezüglich des behaupteten Preises nichts „zugestanden" hat. Indem jedoch der Beklagte hinzufügt, 15 Mk. seien verabredet, bringt er eine Thatsache, die mit der vom Kläger über den Preis gemachten Angabe gleichwerthig („äquipollent") ist. Deshalb sagt der Richter: Beklagter wird zu 15 M. verurtheilt; es besteht für keine Partei ein erkennbares Interesse, entschieden zu sehen, ob 15 M. als verabredeter oder als angemessener Preis zu zahlen sind.

Einer von den Herren hat noch einen weitern interessanten Gedanken in unsern Prozeß hineingetragen, der mir fern lag. Er hat zur Zahlung verurtheilt, aber nur gegen Herausgabe des alten Hutes, den Brede bei Knod zurückgelassen hat. Auch dem liegt etwas Wahres zum Grunde. Doch trifft es hier nicht zu. Ein feststehender Satz der Praxis ist, daß derjenige, der aus einem zweiseitigen Vertrag klagt, d. h. aus einem Vertrage, der beiden Parteien Pflichten auflegt, seine Forderung nur zugesprochen erhalten kann, wenn er seinerseits vorgeleistet hat, oder wenn er wenigstens seinem Gegner Zug um Zug leistet. Danach kann Jemand, der eine Waare verkauft, aber noch nicht geliefert hat, doch den Preis einklagen, sofern er bereit ist, die Waare gegen die Zahlung zu liefern. Ja, die Praxis geht sogar noch weiter. Wenn in der Klage aus einem solchen zweiseitigen Vertrag der Kläger nicht sagt, daß er geliefert habe, und wenn er, ohne sich dazu bereit zu erklären, die Leistung des Gegners einfordert, so hält sich das Gericht für ermächtigt, die auf Verurtheilung des Gegners zur Leistung gerichtete Klagbitte ohne Weiteres dahin abzuändern oder richtiger zu beschränken, daß gesagt wird: der Beklagte wird verurtheilt, „gegen Lieferung der Waare" zu zahlen. Dawider kann man nicht einwenden, daß mit Verletzung der Verhandlungsmaxime eine andere Bitte an Stelle der klägerischen gesetzt werde. Das, was das Gericht vornimmt, ist eine durch das bestehende materielle Recht gebotene Beschränkung der Klagbitte: der

Kläger fordert zu viel, wenn er pure den Preis für die Waare verlangt. Weil zu viel gefordert wird, so wird dies Zuviel aus der Klagbitte dadurch entfernt, es wird dem Kläger dadurch aberkannt, daß das Gericht den Beklagten nur verurtheilt, gegen Lieferung der Waare zu zahlen. Diese richtige Gedankenfolge läßt sich aber nicht auf Brede's zurückgelassenen alten Hut anwenden. Das war nicht der gekaufte, nicht der gegen Empfang des Kaufpreises zu liefernde Hut, sondern es war ein durch ein Nebengeschäft zurückgelassener anderer Hut. Jener Bearbeiter unseres Falles hielt sich als sorgsamer Richter für verpflichtet, bei der Verurtheilung Brede's zur Zahlung hinzuzufügen: Kläger müsse den alten Hut gegen Empfang der 12 oder 15 Mk. herausgeben. Das ist schwerlich eine zutreffende Anwendung des eben beleuchteten Satzes. Wenn Brede seinen alten bei Knod zurückgelassenen Hut durch richterliches Urtheil wiedererhalten wollte, so hätte er es im Prozesse geltend machen müssen. Da er das nicht gethan hat, war kein Anlaß, Brede zur Zahlung gegen Empfang des alten Hutes zu verurtheilen.

Endlich möchte ich noch auf eine Ausführung in Nr. 6 eingehen, welche besagt, es müsse der Umstand, daß der angemessene Preis zwischen den Parteien entscheiden solle, dahin aufgefaßt werden, daß der Preis in das billige Ermessen des Verkäufers gestellt sei. Das hieße also: angemessen ist der Preis, den Knod bei verständigem Urtheil für angemessen hält. Es liegt jedoch die Sache anders. Ein solcher Kauf wäre rechtsunwirksam; es fehlt an der nöthigen Bestimmtheit der Verpflichtung des Käufers, wenn man die Vereinbarung nicht dahin verstehen will, es solle, im Falle die Parteien sich nicht nachträglich einigen, welches der angemessene Preis sei, das Urtheil des Richters oder eines Sachverständigen über die Angemessenheit entscheiden, mit andern Worten: es solle in diesem Falle gerichtsseitig festgestellt werden, ob Knod's Schätzung auf 15 Mk. eine sachgemäße Schätzung sei. Dann ist aber nicht Knod's, sondern des Richters oder des Sachverständigen Schätzung das Entscheidende; nur scheinbar schätzt oder bestimmt der Verkäufer den Preis. Lernten wir doch schon oben[1]) aus den Pandekten: Imperfectum negotium est, „habebis emptum, quanti aequum putaveris“. Und was für das aequum putare des Käufers gilt, muß auch für das aequum putare des Verkäufers gelten.

[1]) Siehe Seite 61.

Wenden wir uns nun zur Formulirung des abzugebenden Erkenntnisses. Das Erkenntniß ist der Hauptakt des Prozesses. In ihm konzentrirt sich der ganze Streit. Es seien hier deshalb einige allgemeine Bemerkungen über das vorausgeschickt, was ein Erkenntniß enthalten soll, und das, was es nicht enthalten soll.

In der Abfassung der Erkenntnisse ist mir, sowohl was die Form, als was den Inhalt betrifft, während meiner langen Praxis eine große Verschiedenheit entgegengetreten. Die schärfsten Gegensätze kann ich Ihnen nicht besser vorführen, als wenn ich zwei kleine Erlebnisse mittheile, von denen das eine in meine frühste Berufszeit, das andere in die jüngste Vergangenheit fällt.

Als ich Referendar beim Kollegialgericht war, pflegte, nachdem das Gericht beschlossen hatte, wie erkannt werden sollte, der Referent das Erkenntniß in die geheime Sitzung mitzubringen, dasselbe Wort für Wort vorzutragen und jeden Entscheidungsgrund der Abstimmung des Kollegiums zu unterbreiten. Nach mehr oder minder eingehender Diskussion wurde das Erkenntniß von allen mitwirkenden Richtern in der Sitzung unterzeichnet. Die ältere Form des Erkenntnisses war meist die Erwägungsform, jetzt ist diese Form ziemlich abgekommen, wenigstens bei uns; in Frankreich ist sie noch heute üblich. Sie bestand darin, daß das ganze Erkenntniß in seinen Gründen einen einzigen Satz bildete. Der Satz begann mit den Worten: „In Erwägung, daß . . . . .“ und reihte alle folgenden Gründe, jeden in einem besonderen Absatze, mit weiteren „daß . . . .“ an.

Sicher eine hölzerne, schwerfällige Form. Aber sie hatte auch ihre guten Seiten: der Prozeß lief wie das Wagenpferd in einer Scheere, stets auf das Ziel gerichtet, seinen strengen geraden Gang. Einmal erlebte ich, daß ein sehr gelehrter, aber auch sehr gründlicher oder richtiger sehr weitläufig arbeitender Rath ein Erkenntniß mit in die Sitzung brachte, das hatte 92 Erwägungsgründe. Es wurde hin und her besprochen. Schließlich bat einer der Beisitzer, die Entscheidung auszusetzen und ihm das Erkenntniß zur Prüfung, ob es nicht einfacher gestaltet werden könne, mit nach Hause zu geben. Das nächste Mal brachte er es mit und bemerkte: „ich glaube, wir kommen mit zwei Entscheidungsgründen aus“. Thatsächlich wurden die 90 anderen gestrichen und nur zwei blieben stehen.

Dem stelle ich in Vergleich, wie heutzutage ein Kollegial-Erkenntniß abgefaßt wird: der Referent entwirft es, der Vorsitzende prüft und unter-

schreibt es, dann wird es den anderen Richtern zur Unterschrift zugesandt; von einem Verlesen des Erkenntnisses in der Sitzung und von einer Diskussion über die Erkenntnißgründe ist regelmäßig keine Rede. Durch dies Verfahren muß sich naturgemäß das Bewußtsein der beisitzenden Richter von ihrer Haftung für den Inhalt des Erkenntnisses und seiner Gründe wesentlich abschwächen. Nur so wird es aber erklärlich, daß ein Praktiker mir gegenüber allen Ernstes kürzlich die Behauptung aufstellen konnte, die beisitzenden Richter brauchten das Erkenntniß, das ihnen zur Unterschrift zugehe, gar nicht zu lesen; sie seien auch nicht dafür verantwortlich, was in den Entscheidungsgründen stehe. Er wollte diesen Satz in der Geschäfts-Ordnung des Reichsgerichts begründet finden. Darin heißt es, wenn bei einem beschlossenen Erkenntniß Präsident und Referent nicht einig seien, dann müsse noch einmal in der Sitzung über die entstandene Meinungsdifferenz beschlossen werden. Also sind sie einig, so wollte jener Praktiker folgern, dann haben die übrigen Beisitzer ohne Weiteres zu unterschreiben. Zu solchen Gedanken mag unter Umständen unsre arge Belastung der Gerichte führen. Daß jene Beweisführung aus der reichsgerichtlichen Geschäftsordnung aber hinkt, werden Sie von vorn herein zugeben. In diesen beiden Fällen sehen Sie den Unterschied des Einst und Jetzt in einem deutlichen Bilde vor sich.

Das Erkenntniß — oder, wie die C.P.O. sagt, das Urtheil — soll die in würdiger Sprache niedergelegte Entscheidung des Gerichts über den verhandelten Rechtsfall sein. Es ist klar und deutlich abzufassen, damit es die Parteien möglichst verstehen können. Die Urtheilsgründe sind, nicht blos vom Reichsgericht,[1] sondern überhaupt „in bündiger Kürze, in strenger Beschränkung auf den Gegenstand der Entscheidung, in thunlicher Vermeidung von Fremdwörtern und von nicht allgemein üblichen Ausdrücken" zu formuliren; es soll nichts darin stehen, das nicht auf das Endziel hinführte. Keine Konjunktive und Optative, keine Zweifelssätze, keine „möchte", „dürfte", „sollte" sind anzuwenden, sondern nur eine bestimmte Diktion. Die Sprache des Richters muß so bestimmt sein, wie die des Gesetzgebers; denn der Richter ist in seinem Bereiche auch Gesetzgeber: ius facit inter partes. Wir können die Auffassung, welche Thätigkeit der Richter bei seiner Rechtsprechung entwickeln soll, für die

[1] Geschäftsordnung für das Reichsgericht § 18.

Zeit des altdeutschen mündlichen Prozesses schwerlich plastischer dargestellt finden, als durch eine bekannte, vielleicht aber nicht Ihnen Allen bekannte Gerichtsordnung des dreizehnten Jahrhunderts, durch die Soester Gerichtsordnung, welche dem Richter vorschreibt: „er soll auf seinem Richterstuhl sitzen als ein griesgrimmender Löwe, den rechteren Fuß über den linkeren geschlagen, und wann er aus der Sache nicht recht könne urtheilen, soll er dieselbe 123 mal überlegen.“ [1]) Das 123 malige Ueberlegen kommt uns sonderbar vor. Aber die Zahl 123 hat eine tiefe Bedeutung, die wieder nur aus der Rechtsgeschichte heraus erläutert werden kann. Eine alte deutsche Frist sind 14 Nächte, eine andere Frist sind 40 Nächte. Daß Nächte und nicht Tage gesagt ist, hing zusammen mit der eigenthümlichen Anschauung der alten Germanen, die schon Tacitus auffiel, daß sie nämlich den Beginn des Tages von der Nacht an rechneten: apud Germanos nox ducit diem. In Zwischenräumen von 14 zu 14 oder von 40 zu 40 Nächten fanden die Gerichtssitzungen statt. Ein Beklagter soll deshalb dreimal 14 Nächte und die drei Gerichtstage selbst, (d. h. im Ganzen sechs Wochen und drei Tage) Frist haben. Aehnlich soll der Richter sich dreimal 40 Nächte und weiter noch drei Nächte, d. h. 123 Nächte (oder Tage) den Spruch überlegen, den er in einer schwierigen Sache abzugeben hat. Also wenn er zweifelhaft ist, soll er erst nach dreimaligem Ablaufe der vierzigtägigen Frist am dritten Gerichtstage sein Urtheil sprechen.

Das ist zwar für uns heute keine Regel mehr, die praktikabel wäre. Etwas rascher müssen wir schon unsre Entscheidungen treffen. Aber reiflich sie zu überlegen, ist auch noch jetzt recht heilsam.

Ueber die Form von Erkenntnissen kann ich Ihnen nichts Besseres zu lesen empfehlen, als einen kürzlich in den Grenzboten erschienenen Aufsatz Bähr's und seine frühere Aeußerung in seinem Buch: „Urtheile des Reichsgerichts“. Ueberhaupt kann ich auch den Jüngeren unter Ihnen durchgängig die kleineren Aufsätze Bähr's in den Grenzboten, den Aelteren aber seine größeren Aufsätze in unseren gelesensten juristischen Zeitschriften empfehlen. Als Meister der civilistischen Konstruktion und einer krystallklaren, Jedem verständlichen, tadellosen

---

[1]) Ludolf observ. for. app. 2, 35. Emminghaus, memor. susat. p. 5. doc. 396. Grimm, Rechtsalterthümer S. 763, 764.

Sprache, als Schöpfer weittragender gesetzgeberischer Gedanken, als gründlicher Kenner von Wissenschaft und Praxis steht er unbestritten in erster Reihe der lebenden Civilisten.

Was die einzelnen Theile des Urtheils angeht, so hat es zu beginnen mit der Rubrik. Alle von mir durchgesehenen Arbeiten haben eine Urtheilsrubrik, aber keine Arbeit hat die richtige, aus dem einfachen Grunde, weil man sich in der Praxis entwöhnt hat, die nöthige Sorgfalt darauf zu verwenden, obwohl das Gesetz sagt, daß die Rubrik „Name, Stand, Wohnort" enthalten soll.[1]) Zum Namen gehört auch der Vorname. Es sollte keine Klage ohne Angabe des Vornamens der Partei (in größeren Städten auch der Wohnung) eingereicht werden. Das hat unter Umständen sogar Bedeutung für den schließlichen Ausgang des Prozesses; denn dem Gerichtsvollzieher ist es nöthig, genau zu wissen, wen er zu pfänden hat. Schon mancher Prozeß ist nach gefälltem Urtheile lediglich daraus entstanden, daß der Beklagte oder der Kläger nicht genügend deutlich bezeichnet war. Sodann haben auch einige Herren, weil sie den Vornamen nicht wußten, den Beklagten als „Herrn Brede" eingeführt. Allerdings werden die Parteien zuweilen „Herr Kläger" und „Herr Beklagter" genannt, jedoch gebührt das einem alten Gerichtsgebrauch zufolge als ein besonderes Privileg nur den Herren vom hohen Adel.

Woher der Name Rubrik kommt, wird Ihnen vielleicht nicht bekannt sein. Rubrika war die rothe Ueberschrift der mit schwarzer Schrift auf weißem Grunde (in albo) versehenen Gesetzestafeln, welche man auf dem römischen Forum aufstellte. Daher hat sich einerseits das Nigrum und das Album, andrerseits das Rubrum oder die Rubrik bis zum heutigen Tage erhalten.

Der Rubrik, der Bezeichnung des Gerichts und seiner Mitglieder, dem Datum der stattgehabten mündlichen Verhandlung folgt jetzt meist alsbald die Urtheilsformel, also in unserm Falle zunächst der Ausspruch, daß der Beklagte dem Kläger 12 Mk. zu zahlen und die entsprechenden Prozeßkosten zu tragen, dann der Ausspruch, welchen Eid der Beklagte zu schwören habe, und endlich der Ausspruch über die Folgen der Eides-Leistung oder -Nichtleistung.

Hieran reiht sich der Thatbestand, ein außerordentlich wichtiger

---

[1]) Siehe oben Seite 52.

Theil des Erkenntnisses; der frühere Prozeß kannte ihn nicht, weil man beim schriftlichen Verfahren nicht festzustellen brauchte, über welche Thatsachen von den Parteien verhandelt ist; das sagten die Schriftsätze. Heute aber, wo nur gilt, was im Verhandlungstermine vorgetragen ist, muß der „Thatbestand" im gerichtlichen Urtheile fixirt werden. Das Gericht besorgt das, indem es den Thatbestand seiner rechtlichen Beurtheilung des Falles voranstellt. Die Anfertigung eines guten Thatbestandes ist keineswegs leicht. Der Thatbestand muß beginnen mit denjenigen Thatsachen, welche feststehen. Er muß dabei hervorheben, ob das Feststehen auf einem ausdrücklichen Zugeständniß des Beklagten oder blos auf dessen Stillschweigen beruht; denn davon hängt für die höhere Instanz viel ab: hat ein Beklagter ausdrücklich zugestanden, so kann er dies nur unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen, nämlich wenn er nachweist, daß die Thatsache unwahr ist, und daß ein Irrthum seinem Geständniß zu Grunde lag. Hat er dagegen stillschweigend zugestanden, so kann er ohne Weiteres das Geständniß zurücknehmen. Nachdem die feststehenden Thatsachen vorangestellt sind, folgt, was der Kläger behauptet, und was er beantragt, dann, was der Beklagte auf die Behauptungen des Klägers erklärt, und was er als Einwände vorbringt, Alles mit den von den Parteien angegebenen Beweismitteln. Hat ein Beweisverfahren stattgefunden, so ist dessen Inhalt darzustellen.

Dem Thatbestande schließen sich unter besonderer Ueberschrift die „Entscheidungsgründe" an. Dies ist die rechtliche Beurtheilung, der rechtliche Kern des Prozesses.

Versuchen wir nach diesen Regeln das Urtheil in unserm Falle abzufassen.

Wenngleich die Grundlage unserer Entscheidung der Satz sein wird: wer einen Hut gekauft hat, muß ihn bezahlen, so wäre es wenig geschickt, diesen Satz in die Urtheilsgründe hineinzuschreiben; denn dieser Satz liegt dem Streite der Parteien ganz fern; darüber brauchen und wollen sie keine Belehrung. Ebensowenig setzen wir diejenigen Gründe in das Urtheil, aus denen im vorliegenden Fall die Klage für eine Kaufklage und nicht für eine Bereicherungsklage zu halten ist; denn auch dazu geben die Parteiverhandlungen keinen Anlaß. Ich schulde Ihnen aber noch die Widerlegung der Ansicht, die sich auf die Worte des Gesetzes beruft: „Ohne Preis kein Kauf", und die daraus schließen will, es

könne keine Kaufklage vorliegen, sondern höchstens eine Klage aus irgend welchem andern Geschäfte[1]). Diese Art rechtlicher Folgerung beruht auf einer falschen Interpretation des gesetzgeberischen Willens. Wenn das Gesetz sagt: „Mangelt die Feststellung des Preises, so ist kein Kauf abgeschlossen" (A.L.R. I, 11 § 12)[2]), so kann allerdings eine an den Worten klebende Interpretation sagen: in unserm Falle ist von einem Preise nicht geredet worden, folglich liegt kein Kauf vor, und es ist nach einem anderen Geschäft zu suchen. Das haben auch Einige der Bearbeiter unseres Falles gethan. Was will aber der Gesetzgeber, wenn er sagt, der Kaufvertrag ist nicht „geschlossen", sofern der Preis nicht bestimmt ist? Dieser Satz ist lediglich Ausfluß eines bekannten anderen Obersatzes, nämlich: „ein Vertrag ist nicht zu Stande gekommen, wenn die Parteien nicht über alle wesentlichen Punkte des Geschäfts sich geeinigt haben". Das heißt: die Parteien haben, so lange sie zu dieser Einigung noch nicht gelangt sind, nur in Vorverhandlungen gestanden. Das Fehlen einer Preisbestimmung beweist, daß kein Vertrag zum Abschlusse gelangt ist. Es ist immer gut, wenn man den Willen des Gesetzgebers sich klar zu machen hat, danach zu forschen: welchem Satze hat der Gesetzgeber entgegentreten wollen? Sagt der Gesetzgeber: ein Kaufvertrag liegt nur vor, wenn ein Kaufpreis festgestellt ist, so will er nicht sagen, daß bei fehlender Bestimmung des Kaufpreises ein anderer Vertrag zu Stande gekommen, sondern er will sagen, daß bei unbestimmt gelassenem Preise der Vertrag (und zwar der von den Parteien beabsichtigte Kaufvertrag) nicht perfekt geworden sei. Geht man an die oben berührte Vorschrift des A.L.R. mit diesem Gedanken, so wird schon für dessen Richtigkeit der Wortlaut verwerthet werden können, noch mehr aber z. B. spricht dafür eine weitere landrechtliche Bestimmung: wird die Höhe des Kaufpreises in das Ermessen eines Dritten gestellt, so ist der Kauf zwar giltig, verweigert aber der Dritte sich zu äußern, so ist der Vertrag, als „nicht geschlossen zu achten",[3]) d. h. man stand nur in Vorverhandlungen; zu einer Vertragsperfektion haben sie nicht geführt. Das ist genau dasselbe, was wir früher, wie sie

[1]) Vergl. oben Seite 60.

[2]) Zu vergl. auch Cod. c. art. 1583: „Der Vertrag ist unter den Parteien vollkommen, sobald ꝛc."

[3]) A.L.R. I, 11 § 51.

sich erinnern werden, aus verschiedenen Pandektenstellen herausgelesen haben.[1])

Auch alle diese Gründe gehören nicht in den Entwurf unseres Erkenntnisses. Die Parteien haben nach der Richtung hin keinerlei Skrupel geäußert. Demnach würde das zu gebende Urtheil etwa so lauten können:

In Sachen

des Kaufmanns Heinrich Knod zu Berlin, Skalitzerstr. 26, Klägers, im Prozesse vertreten durch den Rechtsanwalt Schneider hier,

gegen

den Kaufmann Carl Brede zu Berlin, Elsasserstr. 7, Beklagten,

wegen Forderung

hat das Königliche Amtsgericht I zu Berlin Abtheilung 25 durch den Amtsrichter Mend für Recht erkannt:

Beklagter hat dem Kläger für den am 10. Mai 1893 ihm käuflich gelieferten schwarzen Cylinderhut 12 Mk. zu zahlen und die Prozeßkosten zu $^4/_5$ zu tragen,

das Erkenntniß wird für vorläufig vollstreckbar erklärt.[2])

Beklagter hat ferner folgenden Eid zu leisten:

Ich schwöre: der Kläger hat bei unsern Verhandlungen über den Ankauf des gelieferten Hutes für diesen Hut 12 Mk. verlangt, so wahr mir Gott helfe,

schwört Beklagter diesen Eid, so wird Kläger mit seiner Klage im Uebrigen abgewiesen und verurtheilt, $^1/_5$ der Prozeßkosten zu tragen, verweigert Beklagter den Eid, so wird er weiter verurtheilt, dem Kläger 3 Mk. zu zahlen und noch $^1/_5$ der Prozeßkosten zu tragen.

Thatbestand:

Der Beklagte wählte sich unter der Erklärung, einen Hut kaufen zu wollen, am 10. Mai 1893 im Laden des Klägers einen schwarzen Cylinderhut neuster Façon aus und nahm diesen ihm vom Kläger eingehändigten Hut unter Zurücklassung des Hutes, den er auf dem Kopfe trug, mit sich. Der Beklagte erklärte zugleich, andern Tages den Preis zahlen zu wollen.

Der angemessene Preis eines solchen Hutes ist 15 Mk. Auf

---

[1]) Siehe oben Seite 65.

[2]) Zu vergleichen C.P.O. § 649 Nr. 4 und unten Rechtsfall III b.

die Mahnung, den Preis des Hutes zu zahlen, erklärte Beklagter, er werde nächstens zahlen.

Diese Thatsachen hat der Kläger behauptet und der Beklagte zugestanden.

Weiter behauptet Kläger, daß zwischen ihm und Beklagtem über den Preis des Hutes nicht gesprochen sei; er schiebt darüber den Eid zu und beantragt

den Beklagten zur Zahlung von 15 Mk. und zur Tragung der Prozeßkosten zu verurtheilen, auch das Erkenntniß für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Beklagter beantragt:

den Kläger kostenfällig abzuweisen.

Er macht geltend, es seien zwischen ihnen nur Vorverhandlungen über einen Kauf gepflogen, nicht aber sei ein fester Kauf abgeschlossen, zumal nach Klägers eigner Darstellung über den Preis nichts verabredet sei. Er habe, wenn der Hut ihm zusage, andern Tages mit dem Kläger über den Preis sich einigen und dann gleichzeitig den Preis zahlen wollen; der Hut sage ihm nicht zu und stehe dem Kläger zur Verfügung.

Eventuell leugnet Beklagter, daß über den Preis nicht gesprochen sei, behauptet vielmehr unter Eideszuschiebung, Kläger habe für den Hut 12 Mk. verlangt.

Kläger hat den vom Beklagten zugeschobenen Eid angenommen und gebeten, diesen von ihm zu leistenden Eid zu Erkenntniß zu stellen.

## Entscheidungsgründe:

Die vom Kläger erhobene Kaufklage ist genügend thatsächlich begründet. Aus den vom Beklagten zugestandenen Thatsachen ergiebt sich, daß die Streittheile nicht blos in Vorverhandlungen über einen Kauf gestanden, sondern daß sie einen festen Kauf abgeschlossen haben. Beklagter hat den von ihm in Klägers Laden ausgewählten Hut mit sich und in Gebrauch genommen, auch hat er Zahlung dafür versprochen. Dem gegenüber ist sein Einwand unbegründet, er habe den Preis nur zahlen wollen, wenn ihm der Hut zusage, es sei also ein Kauf auf Probe oder auf Besicht abgeschlossen. Wäre auch anfänglich ein solcher bedingter Kauf abgeschlossen gewesen, so enthält doch die Ingebrauchnahme des Hutes und die auf außergerichtliche Mahnung vom Beklagten abgegebene Erklärung, er werde nächstens

zahlen, zugleich die Erklärung, daß der Hut ihm zusage, und es ist hierdurch der bis dahin etwa bedingt abgeschlossene Kauf zu einem unbedingten Kauf geworden.

Der Umstand, daß nach Klägers Behauptung über den Preis nicht gesprochen ist, steht der Klagbegründung nicht entgegen, da in Fällen, in denen sich ein Kauf als abgeschlossen ergiebt, beim Mangel einer Preisabrede der angemessene Preis als vereinbarter Preis anzusehen ist.

Die Thatsache, daß die Parteien bei ihrer Verhandlung über den Preis nicht gesprochen haben, gehört zur Klagbegründung. Da Beklagter diese Thatsache unter Eidesannahme geleugnet und seinerseits behauptet hat, Kläger habe 12 Mk. für den Hut verlangt, so mußte über die klagbegründende geleugnete Behauptung auf den vom Beklagten angenommenen Schiedseid erkannt werden. Bei dessen Fassung war das in das Gebiet des Gegenbeweises fallende Vorbringen des Beklagten, Kläger habe 12 Mk. für den Hut verlangt, in geeigneter Weise zu berücksichtigen.

Der Antrag des Klägers, ihm den Eid darüber anzuvertrauen, daß er nicht 12 Mk. verlangt habe, ist unbegründet, da die Beweislast in Betreff des streitigen Kaufpreises den Kläger trifft.

Die Kosten sind, wenn der Eid geleistet wird, beiden Parteien nach Verhältniß des aberkannten Theiles der Klagforderung zum zuerkannten Theile der Klagforderung aufzuerlegen, wenn aber der Eid verweigert wird, vom Beklagten allein zu tragen.

---

In der Rechenkunst pflegt man Proben auf das Exempel zu machen. Versuchen wir, ob das in der civilistischen Kunst auch möglich ist. Dazu sollen mir Ihre eigenen Aeußerungen dienen.

Bei unserer anfänglichen cursorischen Betrachtung des Falles Knod gegen Brede erhielt ich von Ihnen die Antwort, der Prozeß werde auf einen Eid auslaufen, und von dessen Leistung werde abhängen, ob Brede 12 oder ob er 15 Mk. zu zahlen habe. Ebenso würde derjenige von Ihnen entschieden haben, der nach einer früher von mir gemachten Unterstellung als Richter etwa in Afrika, mit dem A.L.R. versehen, eine Prozeßordnung nach seinem vernünftigen Ermessen einzuführen gehabt hätte. Er würde sich gesagt haben, der Ausgang des Prozesses muß von einem Eide darüber abhängen, ob Knod 12 Mk. für den Hut verlangt hat. Wer aber bekommt

den Eid? Mit Nachdenken und gesundem Rechtsgefühle wäre wahrscheinlich auch jeder nicht juristisch gebildete Richter dahin gekommen, wohin wir mit unseren juristischen Gründen gekommen sind, daß nämlich dem Beklagten der Eid zufallen muß. Um das klar zu machen, wollen wir einen Augenblick unterstellen, wir gäben dem Kläger den Eid, daß beim Ankaufe des Hutes über den Preis nicht verhandelt sei, daß insbesondere Kläger nicht 12 Mk. verlangt habe.[1]) Das Resultat wäre demnach, daß Knod durch seinen Eid sich den geforderten höheren Preis von 15 Mk. verschaffen könnte. Dies Resultat ist ein unhaltbares. Wir brauchen damit nur den Fall in Parallele zu stellen, wenn Knod die 15 Mk. nicht als angemessenen, sondern als verabredeten Preis gefordert und Brede auch diesem Anspruche gegenüber behauptet hätte, es seien 12 Mk. verabredet. In der Theorie und in der Praxis besteht von jeher bis zu dieser Stunde volle Einigkeit darüber, daß in Fällen, in denen der Verkäufer einen höheren verabredeten Kaufpreis fordert als den vom Käufer zugestandenen, den Verkäufer (also hier den Kläger Knod) die Beweislast trifft, und daß dem Käufer (also hier dem Beklagten Brede) der Eid gebührt.[2]) Durch Leistung dieses Eides befreit sich demnach Brede von dem Anspruche, 15 Mk. zu zahlen. Fordert aber Knod die 15 Mk. als angemessenen Kaufpreis, so soll Brede sich durch seinen Eid von dem Anspruche der 15 Mk. nicht befreien können, vielmehr soll Knod durch seinen Eid es erzielen, 15 Mk. zugesprochen zu erhalten? Gesetzt, es wäre die Wahrheit, daß 12 Mk. Kaufpreis verlangt seien, während 15 Mk. als angemessener Preis festständen, so würde es also Knod völlig in der Hand haben, sich den Eid darüber zu verschaffen, daß 12 Mk. nicht verabredet seien. Er brauchte nur Vorsicht in der Wahl dessen zu üben, was er dem Gerichte unwahrerweise unterbreitete. Wäre Knod so klug, den unberechtigten Anspruch auf 15 Mk. mit der unwahren Darstellung zu begründen, daß auf

[1]) So müßte der Eid für Kläger lauten, wenn er ihm zufiele, nicht etwa dürfte der Eid lauten: Kläger solle schwören, daß er für den Hut nicht 12 Mk. verlangt habe. Denn es kommt darauf an, daß Kläger einen Kauf zum angemessenen Preis darthut; dies wird noch nicht dargethan, wenn Kläger lediglich beschwört, er habe nicht 12 Mk. verlangt, wohl aber wird dargethan, daß ein Kauf zum angemessenen Preise nicht vorliege, wenn Beklagter beschwört, Kläger habe 12 Mk. verlangt.

[2]) Siehe oben S. 68. 99.

die vollzogene Auswahl des Hutes lediglich die Erklärung Brede's gefolgt sei, er nehme den Hut, so hinge der Ausgang des Prozesses vom Eide Knod's ab, er habe 12 Mk. nicht verlangt. Wäre dagegen Knod so unklug, die 15 Mk. zu fordern mit der unwahren Darstellung, daß auf die vollzogene Auswahl des Hutes seine eigene Erklärung gefolgt sei, er verlange für den Hut 15 Mk., so hinge der Ausgang des Prozesses vom Eide Brede's ab, Knod habe 12 Mk. verlangt. Eine so divergirende Behandlung und Entscheidung der Klage auf 15 Mk. Kaufpreis eines 15 Mk. werthen, aber übereinkunftsmäßig zu 12 Mk. verkauften Gegenstandes — je nachdem der Kläger zur Begründung seiner Klage vorsichtig die eine oder unvorsichtig die andere der beiden obigen Unwahrheiten vorbringt — kann unmöglich Rechtens sein.[1])

Dies läßt sich noch näher durch folgende Betrachtung verdeutlichen. Ein Kauf „zum angemessenen Preise" kommt nicht blos zu Stande, wenn man ohne Preisabrede kauft und sich mithin thatsächlich auf den angemessenen Preis einigt, sondern auch, indem man verabredet, den angemessenen Preis als Kaufpreis gelten lassen zu wollen. Mit andern Worten: der angemessene Preis ist Kaufpreis entweder als thatsächlich oder als wörtlich vereinbarter Preis. Neben diesen beiden Arten von Käufen zum angemessenen Preise stehen als dritte Art von Käufen (und zwar als die Hauptart) diejenigen Käufe, bei denen die Parteien einen zahlenmäßig bestimmten Preis verabreden. Die Klage auf einen Kaufpreis von 15 Mk. läßt sich daher auf dreierlei Art bezüglich des Kaufpreises begründen. Der Kläger kann geltend machen: 1. es seien 15 Mk. als Preis verabredet, 2. es seien 15 Mk. der angemessene Preis, und der angemessene Preis sei als der für den Kauf maßgebende festgestellt entweder a) dadurch, daß die Interessenten verabredet hätten, es solle der Kauf zum angemessenen Preise geschlossen werden, oder b) dadurch, daß der Kauf ohne Abrede über den Preis zu Stande gekommen sei. Jeder dieser drei verschiedenen Klagbegründungen gegenüber ist der Käufer in der Lage, sich wirksam darauf zu berufen, es sei ein Preis von 12 Mk. verabredet. Und nun sollte der Klage 1 und der Klage 2a gegen-

[1]) Fitting (und jetzt Betzinger) müssen dies für Rechtens erklären, wenn sie einem Beklagten, der einer auf die Preisangemessenheit gestützten Kaufklage gegenüber die Abrede eines Minderpreises behauptet, die Beweislast aufbürden (vergl. oben S. 51. 84. 98).

über die Berufung auf die Abrede der 12 Mk. ein Leugnen, der Klage 2b gegenüber eine Einrede darstellen? Es sollte der Kläger nicht zum Schwure über den Preis kommen, wenn er den Preis von 15 Mk. einklagt, weil 15 Mk. oder weil der angemessene Preis verabredet sei? Es sollte aber der Kläger zum Schwure über den Preis kommen, wenn er die 15 Mk. einklagt, weil sie den angemessenen Preis darstellen und eine Preisabrede nicht vorgekommen sei? Es sollte ferner der Beklagte zwar gegenüber der Klage auf verabredete 15 Mk., wie gegenüber der Klage auf den verabredeten angemessenen Preis zur eidlichen Erhärtung seiner Behauptung zugelassen werden, daß 12 Mk. verabredet seien? Gegenüber der Klage auf den thatsächlich vereinbarten angemessenen Preis sollte aber dem Beklagten dieser Eid nicht gebühren?

Ja noch weiter. Wer eine Kaufklage für genügend begründet hält, wenn der Kaufabschluß feststeht, und wenn außerdem der eingeklagte Preis als angemessen feststeht, der darf im Falle der Klage 2a (der Klage, die sich auf die Verabredung des angemessenen Preises stützt) diese Verabredung überhaupt nicht zu Beweis stellen; denn sie ist nach jener Ansicht überflüssig; der Kauf und die Angemessenheit für sich allein genommen reichen schon aus. Also das Leugnen einer Preisabrede nöthigt den Verkäufer zum Beweise der Abrede, wenn sie auf einen zahlenmäßig bestimmten Preis geht; der Verkäufer ist aber vom Beweise der geleugneten Preisabrede frei, wenn sie auf den angemessenen Preis geht!

Endlich: jeder Schwindler, der in seinem Geschäfte Waaren zu besonders niedrigem Preise verschleudert, hätte es in der Hand, den höheren angemessenen Preis einzuklagen und durch eidliches Ableugnen der vom Käufer mit Recht geltendgemachten Abrede eines niederen Preises jenen höheren Preis zu erlangen.

Zu allen diesen Widersinnigkeiten und Unmöglichkeiten führt die Ansicht, Brede müsse bei Meidung der Verurtheilung zu 15 Mk. die Preisabrede der 12 Mk. beweisen. Aber, sagt eine der Arbeiten, nach der gegentheiligen Ansicht könnte sich ja Brede einen billigen Hut erschwören.[1]) Gewiß, und mit Recht; gerade dazu muß er in die Lage kommen, während Knod nie in die Lage kommen darf, sich einen hohen Kaufpreis zu erschwören — es müßte denn

[1]) Siehe oben S. 93.

Brede den Eid zurückschieben —. Der Kläger hat als Angreifer immer die schwächere Position.[1]) Wer eine Waare auf Kredit hingiebt, muß sich gefallen lassen, daß der Käufer durch seinen Eid die Höhe des Preises herunterdrückt, den der Verkäufer verlangt; er muß sich ja auch gefallen lassen, daß der Käufer den ganzen Kauf abschwört. Keineswegs muß sich aber der Käufer gefallen lassen, daß der Verkäufer — wenn andere Beweismittel fehlen — durch den eignen Eid die Preishöhe, (den streitigen Theil des Klaggrundes) festsetzt. Die Herren, die bis jetzt andrer Ansicht waren, werden voraussichtlich, wenn sie sich die Frage noch weiter überlegen, zu dem von mir vertheidigten Resultate kommen.

Es erübrigt noch, daß ich Ihnen die Rechtssätze mittheile, die ich aus unserer bisherigen Untersuchung ableite. Diese Sätze werden für Ihre Studien, wie für Ihren Beruf Ihnen dienlich sein können; sie sind aber keineswegs einfach, auch keineswegs kurz. Bei den künftigen Fällen beschränken wir uns auf weniger. Die Sätze lassen sich etwa folgendermaßen formuliren:

1. „Die zum Abschlusse eines Kaufs unerläßliche Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Preises erfordert nicht unter allen Umständen eine Abrede der Parteien über den Preis, vielmehr hat bei unterbliebener Abrede der angemessene oder übliche Preis als von den Parteien vereinbarter Preis zu gelten, wenn im einzelnen Falle kein Zweifel darüber besteht, daß der beabsichtigte Kauf zum Abschluß gekommen ist."

Hiermit erhalten Sie eine materiellrechtliche Regel, die sich als Erläuterung des Satzes, zum Abschlusse eines Kaufes gehöre die Festsetzung des Preises, ebensowohl in Ihre Pandekten, wie in Ihr Preußisches Landrecht, wie in Ihren Code civil einschiebt. Und zum Belege für die Richtigkeit der Regel dient die von mir schon genannte Reichsgerichtsentscheidung im 18. Bande S. 334.[2])

Die folgenden Sätze, welche wir uns aus unserm Rechtsfalle ableiten, gehören dem Prozeßrechte an. Sie lauten:

2. „Die auf Zahlung eines angemessenen oder üblichen Kaufpreises gerichtete Klage setzt zu ihrer Begründung die Darlegung voraus, daß ein Preis nicht verabredet sei. Daneben ist zur Darlegung des zu Stande gekommenen Kaufabschlusses that-

[1]) Vergl. oben S. 48. — [2]) Siehe oben S. 65.

sächlich zu begründen, daß die Parteien ungeachtet des Mangels einer Preisabrede nicht blos in Vorverhandlungen gestanden, sondern den Kauf zum Abschluß gebracht haben."

Hierüber verständigten wir uns, als wir die Begründung der Klage des Knod untersuchten.

3. „Ein entscheidendes Moment für die Annahme stattgehabten Kaufabschlusses (gegensätzlich zu bloßen Kaufvorverhandlungen) ist die Ingebrauchnahme der Waare durch den Käufer."

Mit Rücksicht auf diesen Satz ist in unserm Fall der Thatumstand hervorgehoben worden, daß Brede seinen alten Hut im Laden des Knod zurückgelassen, also den neuen Hut in Benutzung genommen hat. Dadurch sollte ausgeschlossen werden, daß Brede mit dem Einwand durchdringe, er habe sich den Hut nur zur Ansicht mitgenommen, derselbe sei nicht fest gekauft.

4. „Das Leugnen gegnerischer Behauptungen bedarf, um im Prozesse eine Beweisauflage herbeizuführen, öfter einer Erläuterung (d. h. Substanziirung) durch besondere Behauptungen des Leugnenden.

So hat derjenige, welcher einer Kaufklage gegenüber sich darauf beschränkt, die behauptete Preisabrede zu leugnen, anzugeben, ob er lediglich die Höhe des behaupteten Preises bestreiten und welchen niedrigeren Preis er behaupten oder ob er die Preisabrede überhaupt bestreiten und die Preisangemessenheit als entscheidend hinstellen will. Ferner hat der, welcher einer auf der Preisangemessenheit gestützten Kaufklage gegenüber die behauptete Unterlassung einer Preisabrede leugnet, die Abrede eines niedrigeren Preises zu behaupten, wenn sein Leugnen berücksichtigt werden soll. Ebenso bedarf das Leugnen einer negativen klagbegründenden Thatsache (Nichtschuld, Unbedingtheit, Nichterklärung) der Behauptung der entgegenstehenden positiven Thatsache."

Dies sind die Sätze, welche wir aus der Lehre von der Erklärungspflicht des Prozeßgegners abgeleitet haben. Die nächsten Sätze behandeln die Beweis- und die Eidespflicht.

5. „Wird einer auf Zahlung des angemessenen Preises gerichteten Kaufklage gegenüber geltend gemacht, der Kläger habe einen näher angegebenen geringeren Preis verlangt, so trifft den Kläger der Beweis, daß eine Preisabrede nicht getroffen sei. Die gegnerische Behauptung, daß der Kläger den fraglichen ge-

ringeren Preis verlangt habe, bildet den Gegenstand eines dem Beklagten vorzubehaltenden Gegenbeweises."

6. „Ist in solchem Falle Beweis wie Gegenbeweis lediglich durch Eideszuschiebung angetreten, und ist gegnerischerseits der Eid angenommen, so ist der Eid (und zwar für den Beklagten) dahin zu reguliren, daß Kläger beim Kaufe den fraglichen niedrigeren Preis gefordert hat. Denn:

a) jeder Eid ist in seiner Fassung möglichst eng an die entsprechende Parteibehauptung anzulehnen;

b) § 424 C.P.O. gebietet nicht, vor die zu beschwörende Thatsache in den Eid den sprachlich unschönen, sachlich bedeutungslosen Zwischensatz einzuschieben: „daß die Thatsache wahr sei";

c) die Negation des zur Klagbegründung wesentlichen Thatumstandes, daß eine Preisabrede nicht stattgefunden, enthält der regulirte Eid von selbst; die Aufnahme einer doppelten Negation in den Eidessatz ist zu vermeiden."

Weil besonderes Gewicht auf das Verhältniß von Hauptbeweis zu Gegenbeweis und auf die Fassung des in solchen Fällen zur Hand genommenen Schiedseides zu legen ist, aber in diesem Punkte keineswegs in der Praxis überall die wünschenswerthe Klarheit herrscht, habe ich diesen Punkt ausführlich erörtert und in die Formulirung des gefundenen Resultates die begründenden Sätze hier unter a bis c besonders aufgenommen.

7. „Um möglichst sicher zu richtiger Eidesregulirung zu gelangen, empfiehlt es sich, die zu beweisenden Thatsachen mit Angabe der beweispflichtigen Partei nach dem Muster des Beweisinterlokuts älteren Stils sich in Gedanken vorzuführen."

Das ist eine der Gelegenheiten, in denen der ältere Prozeß uns eine schätzenswerthe Handhabe bietet, vor Mißgriffen bewahrt zu bleiben. Es kann nicht genug angerathen werden, von dieser Handhabe Gebrauch zu machen. Das mag z. B. folgender in diesen Tagen mir bekannt gewordene Beweisbeschluß belegen. Ein Bild war als das Werk eines namhaften Meisters des sechszehnten Jahrhunderts verkauft; der Käufer behauptet, getäuscht zu sein, und verlangt Schadensersatz. Er erzählt in der Klage, daß er durch Beamte eines Kunstinstituts das Bild habe prüfen lassen, daß sie dasselbe gegen das Licht gehalten und die Fälschung des Namenszuges des Künstlers entdeckt hätten. Der Beklagte leugnet die Unechtheit des Bildes. Das Gericht verkündet darauf den Beweisbeschluß:

„Haben sich am 1. Oktober 1890 die drei Beamten A., B., C. des Kunstinstituts X. zum Beklagten in dessen Geschäftsräume begeben, um eine genaue Untersuchung des angeblich gefälschten Bildes vorzunehmen? Sind Sie dabei von dem Prokuristen N. empfangen worden und war der dann folgende Hergang etwa folgender?

Als sie in das Zimmer traten, in welchem das Bild hing, fanden sie dasselbe verhängt. N. enthüllte es. Die drei Beamten konnten zunächst trotz genauester Untersuchung eine Aenderung im Ganzen oder in einzelnen Theilen oder sonst Verdächtiges nicht entdecken, so daß sie eine Fälschung für ausgeschlossen hielten. Erst als das Bild von der Wand abgenommen wurde und ein Licht dahinter gestellt, sahen sie, daß in dem Papier, da wo jetzt der Name stand, eine geringe Verdünnung zu bemerken war. Als sie darauf das Bild wagerecht gegen das Licht hielten, überzeugten sie sich weiter, daß das Papier etwas rauh war, so daß eine Veränderung mit dem Bilde vorgenommen sei; ob kürzlich oder schon beim ersten Zeichnen, entzog sich natürlich ihrer Beurtheilung.

Durch Vernehmung der Künstler A., B., C."

Es bedarf nur der Verlesung dieses Beschlusses, um sofort aus demselben zu entnehmen, daß der Richter, der ihn verfaßt hat, gegen die obersten Prozeßgrundsätze verstieß: es kann absolut keinen Rechtsfall geben, welcher so geartet wäre, daß alle die hier in den Beweisbeschluß aufgenommenen Thatsachen des Beweises bedürftig wären.

8. „Besteht bei einem Kaufe der Parteistreit lediglich darin, ob statt des geforderten unstreitigen angemessenen Preises ein niedrigerer vom Beklagten behaupteter Preis verabredet ist, so kann niemals Klagabweisung, sondern nur die Verurtheilung des Beklagten erfolgen und zwar, je nach dem Ausgang des Beweisverfahrens, entweder zum angemessenen höheren oder zum verabredeten niedrigeren Preise."

Diesen Satz habe ich als Schlußsatz aufgenommen, um der mehrfach in den eingereichten Arbeiten vertretenen Auffassung zu begegnen, als sei in unserm Falle, wenn der auferlegte Eid geleistet werde, die Abweisung der Klage in Aussicht zu nehmen.

Damit wären wir mit der Besprechung des Falles Knod gegen Brede am Ende.

Ein großer Theil auch der Aelteren von Ihnen wird sagen: von den entwickelten Sätzen habe ich noch nie etwas gehört. Das mag richtig sein,

aber diese Sätze bestehen deshalb doch, sie ergeben sich für den im Rechtsleben stehenden Juristen aus langjähriger praktischer Erfahrung und aus eigenem reiflichen Nachdenken. Ueberhaupt giebt es eine ganze Zahl materieller und prozessualer Grundsätze, die in keinem Gesetzbuche stehen, in keiner Vorlesung gelehrt und auch nicht in der Praxis Ihnen vorgeführt werden. Diese Sätze reihen sich, soweit sie prozessualer Natur sind, in die Civilprozeß-Ordnung ein, sie sind deren selbstverständliche unsichtbare Grundlagen. Es könnte neben der sichtbaren Prozeßordnung noch eine andere Prozeßordnung des bisher ungeschriebenen Rechtes verfaßt werden. Ein bedeutungsvoller, wohl Ihnen Allen bekannter Satz ungeschriebenen Prozeßrechtes mag Ihnen das als ein Beispiel deutlich machen. Die C.P.O. spricht sich nirgends darüber aus, was im Prozesse des Beweises bedarf. Wir haben nur den Satz, welcher sagt, was *nicht* des Beweises bedarf, nämlich § 261: „Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises als sie . . . zugestanden sind.“ Hölzerne Interpreten könnten daraus folgern: demnach bedürfen alle nicht eingestandenen Thatsachen des Beweises. Es ist aber ein alter selbstverständlicher Satz des Prozeßrechtes, daß nur die erheblichen Thatsachen des Beweises bedürfen. In der C.P.O. steht davon kein Wort; der Richter, welcher den eben[1]) mitgetheilten Beweisbeschluß verkündete, scheint auch den Satz, daß das Beweisverfahren sich auf die erheblichen Thatsachen zu beschränken hat, kaum noch für geltendes Recht gehalten zu haben. Und doch ist er geltendes Recht. Ebenso verhält es sich mit den Sätzen, die ich als das Resultat unserer Besprechung des Falles Knod gegen Brede hinstellte. Ich glaube, daß ich durch diese Sätze mein gegebenes Wort insofern eingelöst habe, als ich Ihnen nicht Dinge mittheilte, welche Ihnen Schwierigkeiten bieten, sondern solche, welche Ihnen Erleichterung bringen sollen. Denn alle eingereichten Arbeiten mühen sich über Fragen ab, über die sie sich nicht abgemüht hätten, wenn ihre Verfasser mit jenen Sätzen vertraut gewesen wären. An deren Hand geht die Klagprüfung ohne Schwierigkeit vor sich, der Beweis wie der Eidessatz vereinfachen sich außerordentlich, das Resultat ist viel sicherer zu finden, als auf dem Wege, den Sie gegangen sind.

Also, meine Herren, vergessen Sie nicht den Hut des Beklagten Brede und nicht, was sie daran gelernt haben.

---

[1]) Siehe S. 120.

# 6.

Ein Cigarrenhändler Kahle fordert den Kaufpreis für drei Kisten Cigarren je zu 10 Mk., er fordert also zusammen 30 Mk. Der Beklagte Bitter erwidert: „Ich gebe zu, die Cigarren für 30 Mk. gekauft und geliefert erhalten zu haben, ich habe aber bei Bestellung der Cigarren von dem Kläger eine einjährige Zahlungsfrist bewilligt erhalten; diese Frist ist noch nicht abgelaufen". Das ist der ganze Sachverhalt des Ihnen im Druckblatte unter II mitgetheilten Falles,[1]) den wir jetzt — im Großen und Ganzen nach dem Muster des Falles I — behandeln wollen.

Wie wird die Frage, die in dem Prozesse die Parteien an das Gericht stellen, zu formuliren sein? Sie sagen: „Ist der Käufer erst nach Jahresfrist zu zahlen verpflichtet oder sofort?"

Diese Antwort war zu erwarten, sie ist von Bedeutung für meine Zwecke, wie wir nachher sehen werden; ich bin vorläufig damit völlig zufrieden. Die Jahresfrist würde vom Tage der Lieferung ab laufen. Der Tag der Lieferung war der 1. Juli 1893. Die Frage präzisirt sich also dahin: Hat Bitter am 1. Juli 1893 oder erst am 1. Juli 1894 30 Mk. zu zahlen?

Die Entscheidung dieser Frage hängt unzweifelhaft davon ab, ob eine Frist für die Zahlung bewilligt ist oder nicht. Zeugen sind nicht zugegen gewesen. Der Eid ist von den Parteien über ihre Behauptungen wechselseitig zugeschoben und angenommen.

Also wir würden zu einem Eide kommen. Da treten wieder die zwei Fragen auf: 1. Wem fällt der Eid zu? 2. Wie lautet der Eid? Die große Aehnlichkeit dieses Falles mit unserm ersten Falle liegt damit schon zu Tage. Und deshalb ist der Fall auch gewählt.

Wer die erste Frage ohne näheres Eingehen auf die Sache beantworten soll, wird dahin neigen zu sagen: dem Kläger fällt der

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 3.

Eid zu. Nehmen wir das einstweilen als richtig an; es hat ja auch die Mehrzahl der schriftlichen Arbeiten sich dafür entschieden. Der Eid des Klägers würde dann lauten:

„ich schwöre, daß eine Frist bis zum 1. Juli 1894 zwischen uns bei Bestellung der Cigarren nicht vereinbart ist."

Beginnen wir nunmehr die feinere Arbeit, und zwar indem wir zunächst die Klage betrachten. Welche Behauptungen muß wohl der Kläger aufstellen, um seinen Anspruch auf 30 Mk. zu begründen? Genügen die Behauptungen, daß ein Kauf abgeschlossen und daß geliefert sei? Oder ist nöthig, daß der Kläger auch behauptet, er habe eine Zahlungsfrist nicht bewilligt?

Unsere Klage sagt von der letztern Negative nichts. Die Zahlungsfrist kommt erst dadurch in den Prozeß hinein, daß der Beklagte sie geltend macht. Doch könnte auch die Meinung bestehen, daß Jemand, der einen Kaufpreis einklagt, sagen müßte: „Ein Zahlungsziel habe ich nicht bewilligt". Wäre das richtig, dann müßte jede Klage auf Erfüllung eines Vertrages die Behauptung enthalten: „Bei dem Vertragsabschluß ist ein Zahlungsziel nicht bewilligt worden". Schwerlich hat Jemand von uns viele solche Klagen erlebt. Wir bemerken sofort einen Unterschied der Klage im Vergleich mit dem Falle Knod gegen Brede. Da hatten wir gefunden: der Kläger muß, wenn er den angemessenen Preis als Kaufpreis einfordert, zugleich darlegen, daß ein Preis nicht vereinbart ist; nur wenn er dies darlegt, ist seine Klage begründet. Wie kommt es, daß dort diese Darlegung nöthig war, daß aber hier, wo der Verkäufer seinen Preis einklagt, die Behauptung unnöthig erscheint, daß eine Frist nicht vereinbart sei?

Wir sahen früher:[1]) die Behauptung des Klägers Knod, 15 Mk. sei der angemessene Preis für den von ihm verkauften Hut, wird erst für die Klagbegründung erheblich, wenn noch die Darlegung hinzukommt: eine Preisabrede hat nicht stattgefunden. Aus dem Umstande, daß der angemessene Preis des Hutes 15 Mk. beträgt, folgt noch keineswegs, daß Knod 15 Mk. zu fordern berechtigt ist; liegt eine Preisabrede auf 12 Mk. vor, so kann nebenher die Thatsache bestehen, daß 15 Mk. der angemessene Preis ist, ohne dem Kläger irgend etwas für seine Klagbegründung zu nützen. Hier liegt die Sache aber anders: indem der Kläger Kahle behauptet: „Bitter schuldet

---

[1]) Siehe oben S. 54 ff.

mir für gekaufte Cigarren den verabredeten Preis von 30 Mk.", sagt er implicite: eine Frist bis zum 1. Juli 1894 habe ich dem Beklagten nicht bewilligt; wie könnte ich denn sonst jetzt schon den Preis verlangen?

An der Klage, wie sie von Kahle's Rechtsanwalt niedergeschrieben ist, haben mehrere Arbeiten etwas auszusetzen gehabt: sie haben mit Recht geltend gemacht, es sei inkorrekt zu sagen: „Beklagter schuldet für verkaufte Cigarren 30 Mk.", das „Schulden" sei nicht genügend substanziirt, es sei überhaupt keine Thatsache. Es wäre gewiß besser in der Klage zu behaupten, „Beklagter hat käuflich bestellt und geliefert erhalten; zufolge dessen schuldet er den verabredeten Kaufpreis von 30 Mk." Aber die mangelhafte Substanziirung der Klage ist dem Umstande gegenüber bedeutungslos, daß der Beklagte in seiner Klagbeantwortung die Klagbehauptung einräumt und etwas ganz Anderes zum Streitpunkte macht, als jene mangelhafte Substanziirung. Wir sahen ja früher, daß die Substanziirungspflicht immer sehr relativ zu verstehen sei.[1] In unserm jetzigen Falle Kahle gegen Bitter kann die — absolut genommen — mangelhafte Substanziirung des Kaufvertrages, auf dem die Klage ruht, dem Kläger nichts schaden; die Mängel bedürfen keiner Beseitigung mehr, sie sind geheilt,[2] nachdem der Beklagte mit dem Kläger einig ist, daß ein gehörig abgeschlossener Kauf vorliegt. Was Beklagter zum Streitpunkt macht, ergiebt sich aus seiner Behauptung: „es ist bei Bestellung der Waare mit Kläger vereinbart, der Kaufpreis brauche erst nach Jahresfrist gezahlt zu werden." Vorhin fiel die Antwort, darin liege die Geltendmachung einer Einrede. Von den schriftlichen Arbeiten sind sieben derselben Ansicht, zwei (sie rühren von Verfassern her, die zeitlich in ihrer Ausbildung am weitesten vorgeschritten) sind entgegengesetzter Ansicht. Nach der letzteren Ansicht hat der Kläger den Beweis zu führen, daß keine Frist vereinbart sei, dem Beklagten aber bleibt der Gegenbeweis offen, daß das Geschäft befristet war. Bezüglich der Beweislast würde dann die Sache gerade so liegen, wie im Falle Knod gegen Brede. Wenn man sich dieser Ansicht anschließt — und ich verhehle Ihnen nicht, ich schließe mich an — so ergiebt sich alsbald, daß die Klagbeantwortung anders hätte formulirt werden sollen. Ein geschickter

[1]) Siehe oben S. 43.

[2]) Siehe hierzu besonders unten Vortrag 13.

Anwalt würde nicht gesagt haben, „die Behauptungen der Klage sind zwar richtig, aber das Geschäft war befristet". Denn diese Art der Darstellung leistet der Meinung Vorschub, daß die Klagthatsachen zugegeben sind, und daß ihnen einredeweise eine neue Thatsache entgegengestellt wird. Vorzuziehen wäre die Fassung: „Ich leugne, daß der zwischen uns geschlossene Kauf so abgeschlossen ist, wie Kläger behauptet; der Kauf ist vielmehr unter Gewährung einer einjährigen Zahlungsfrist abgeschlossen." Das bringt dem Richter sofort vor Augen, daß es sich hier nach Auffassung des Beklagten um ein Leugnen, nicht um eine Einrede handelt. So wird der Richter von vornherein genöthigt, zu dieser wichtigsten Frage des ganzen Prozesses Stellung zu nehmen. An dem gefällten unter II abgedruckten Urtheile [1]) sehen wir, wie die Art der Darstellung von Seiten des Beklagten unverkennbar ihren Einfluß auf die richterliche Entscheidung ausgeübt hat. Der Richter hat die Frage gar nicht untersucht, ob dem Kläger oder dem Beklagten der Eid zufallen müsse, sondern er schließt sich in seinem Thatbestande einfach der Klagbeantwortung an, indem er sagt:

„Beklagter gesteht zu, dem Kläger 30 Mk. für . . . Cigarren zu schulden, Beklagter wendet aber ein, daß eine einjährige Zahlungsfrist vereinbart sei; den über diese vom Kläger geleugnete Behauptung zugeschobenen Eid hat Kläger angenommen."

Darin wird allerdings eine ungefähre Darstellung dessen, was im Prozeß vorgekommen ist, gegeben, aber juristisch korrekt ist diese Darstellung nicht. Der Richter hat es sich außerordentlich bequem gemacht. Der Thatbestand hätte lauten müssen:

„Beklagter hat beim Kläger für 30 Mk. Cigarren . . . bestellt und von ihm geliefert erhalten. Der auf Zahlung der 30 Mk. gerichteten Klage gegenüber macht Beklagter lediglich geltend, es sei eine einjährige Zahlungsfrist bei Bestellung der Waare vereinbart. Den über die Klagbehauptungen zugeschobenen Eid hat Beklagter angenommen. Soweit er betreffs der behaupteten Zahlungsfrist beweispflichtig sein sollte, hat Beklagter den Eid zugeschoben und Kläger ihn angenommen."

Da aber der Richter ausweislich seines Thatbestandes ohne Weiteres annimmt, es läge ein Zugeständniß der Klagthatsachen und

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 4. 5.

eine Einrede des Beklagten vor, so giebt er sich keine Mühe zu prüfen, wen die Beweislast trifft; die Erkenntnißgründe beschränken sich auf die wenigen Worte:

„Die Klagthatsachen sind zugestanden. Die das Klagrecht ausschließenden Einwendungen verabredeter Befristung hat beim Leugnen des Klägers Beklagter zu beweisen. Es war deshalb auf den darüber zugeschobenen vom Kläger angenommenen Schiedseid zu erkennen."

Meine Herren, Gründe sind das nicht. Es fehlt jede Rechtsausführung, weshalb in der Geltendmachung einer Befristung eine Einrede liege.

Und liegt wirklich eine Einrede darin? Das ist die Hauptfrage, die uns beschäftigen soll.

Nicht blos die Mehrheit der schriftlichen Arbeiten, sondern auch die Mehrzahl der Herren, die sich mündlich geäußert haben, sind anderer Meinung als ich.

Unsere Frage, ob in der Geltendmachung einer Zahlungsfrist eine Einrede oder ein Leugnen liege, und wen die Beweislast treffe, hängt sehr nahe zusammen mit der anderen schon früher[1]) berührten Frage: wie steht es mit der Beweislast, wenn Beklagter einem Geschäfte gegenüber, das nach des Klägers Darstellung bedingungslos abgeschlossen ist, behauptet, es sei bedingt abgeschlossen? Darauf müssen wir jetzt noch mit einigen Worten näher eingehen.

Eine Bedingung setzt, wer von dem Eintritt oder Nicht-Eintritt einer ungewissen Thatsache die Entstehung oder die Aufhebung eines Geschäfts abhängig macht. Man unterscheidet Bedingungen, welche hinausschieben, welche „suspendiren," so daß das Geschäft nicht definitiv abgeschlossen ist, bevor die Bedingung eintritt. Das sind die Suspensivbedingungen, deren Wirkung darin besteht, daß man sagt: negotium pendet. Den Gegensatz bilden die Resolutivbedingungen, d. h. auflösende Bedingungen, solche Bedingungen, deren Eintritt ein perfektes Geschäft, das schon in seine Wirkung getreten ist, nachträglich wieder beseitigen; das Geschäft, dem sie beigefügt sind, ist ein negotium purum, aber ein negotium, quod resolvitur mit dem Eintritte der Bedingung (negotium purum, quod resolvitur).[2])

---

[1]) Siehe oben S. 98.

[2]) Fitting, Ztschr. für C.Pr. Bd. 13 S. 57 Note c a. E. weist mit Recht

Es kommt nun häufig im Rechtsleben vor, daß ein Kläger aus einem Geschäfte klagt, als wäre es unbedingt abgeschlossen, und daß der Beklagte sich mit der Berufung darauf vertheidigt, es liege ein bedingtes Geschäft vor. Soll in solchen Fällen die Bedingung eine suspensive sein, so genügt für den Beklagten, um sich gegen die Klage zu schützen, die Behauptung, es sei diese oder jene Suspensivbedingung verabredet. Sache des Klägers ist es dann, wenn er die Bedingungsabrede einräumt, die Erfüllung der Bedingung zu behaupten. Beruft sich dagegen der Beklagte auf die Verabredung einer resolvirenden Bedingung, so hilft ihm das nichts, wenn er nicht zugleich die Erfüllung der Bedingung behaupten kann; denn nicht die Abrede, sondern erst die Erfüllung der Resolutivbedingung läßt die Klage als unbegründet erscheinen. Daß diese Erfüllung der Beklagte beweisen muß, darüber hat niemals Streit geherrscht.[1])

Machen wir uns den Unterschied beider Arten von Bedingungen an einem Beispiele klar.

A., der Miether eines Hauses, in dem er sein Geschäft betreibt, möchte vom Eigenthümer B. das Haus kaufen, es fehlt dem A. aber an Geld. Deshalb verabreden die Beiden: A. kauft das Haus für 20 000 M. unter der Bedingung, daß er in den nächsten zwei Jahren 5000 Mk. verdient. Ist ein solches Geschäft geschlossen, so schuldet offensichtlich A. so lange nichts, als die Bedingung nicht eintritt: A. und B. haben sich verpflichtet, daß das Haus verkauft sein soll für 20 000 Mk., wenn A. 5000 Mk. verdient hat. Wollte also B. alsbald den A. auf Zahlung von 20 000 Mk. verklagen, so wird A. sagen: „Wie kannst du heute schon die 20 000 Mk. fordern? wir haben ja verabredet, erst in zwei Jahren soll es sich entscheiden, ob der Kauf perfekt wird oder nicht." Und in dieser Schutzbehauptung des Beklagten A. läge ein Bestreiten der Klaggrundlage; B. hätte, wenn er die behauptete Bedingung nicht zugiebt, die Unbedingtheit, und wenn er die behauptete Bedingung zugiebt, den Eintritt der Bedingung zu beweisen, um im Prozesse zu siegen.

Jetzt gestalten wir den Fall ein wenig um: B. verkauft dem

---

auf das Unlogische der Bezeichnung „aufschiebende" und „auflösende" Bedingung hin; er schlägt treffend die Bezeichnung „Entstehungs-" und „Auflösungsbedingung" vor.

[1]) Vergl. auch § 197 Entw. des B.G.B.

A. das Haus für 20 000 Mk.; sie verabreden weiter: verdient A. nicht 5000 Mk. in den nächsten zwei Jahren, so soll der Kauf wieder rückgängig werden. Wir sehen hier: die zur Bedingung gesetzte ungewisse Thatsache ist in beiden Fällen dieselbe. Aber sobald die Parteien sagen, wenn in zwei Jahren nicht 5000 Mk. verdient sind, wird das Geschäft rückgängig, ist die Rechtslage eine ganz andere, als in dem ersteren Falle. Entscheidend ist der Wille der Parteien, der die Bedingung setzt. Durch diesen Willen wird in dem ersten Fall das Geschäft dahin gestempelt, daß der Eintritt der beim Geschäftsabschluß gewollten Rechtswirkung von dem Eintritt der Bedingung abhängt: negotium pendet. In dem anderen Fall dagegen wird der Eintritt der Bedingung dahin verwerthet, daß ein bereits vollendetes rechtswirksam gewordenes Geschäft sich wieder auflöst. Die Folge ist: Haben die Beiden verabredet, „wenn A. nicht 5000 Mk. verdient, soll in zwei Jahren das Geschäft rückgängig sein", so kann B. sofort für das Haus die 20 000 Mk. einklagen; A. muß sie bezahlen, und erst nach zwei Jahren tritt vielleicht eine Thatsache ein, vermöge deren das perfekte Geschäft rückgängig gemacht wird, so daß die Zahlung zurückzuleisten ist. Da haben wir ein negotium purum vor uns, quod resolvitur. Gesetzt, die Zahlung der 20 000 Mk. wäre innerhalb der zwei Jahre nicht erfolgt und B. verklagte den A. auf die 20 000 M., sei es mit, sei es ohne Erwähnung der verabredeten Resolutivbedingung, so könnte sich A. mit Wirksamkeit auf die Resolutivbedingung nur berufen, wenn er zugleich behauptete, sie sei eingetreten; er habe nämlich in den zwei Jahren weniger als 5000 Mk. verdient, folglich sei der Kauf aufgelöst, und die Forderung der 20 000 Mk. sei unbegründet. So lange der Beweis des Eintritts der Bedingung nicht geführt ist, gilt der vor Eintritt der Bedingung vorhandene Schwebezustand als fortdauernd, oder, was dasselbe ist: es wird vermuthet, daß die Bedingung noch nicht eingetreten ist.

Damit gelangen wir in das Gebiet der Vermuthungen, das überhaupt im Rechte, namentlich aber bei der Frage nach der Beweislast eine große Rolle spielt.

Es gilt der allgemeine Satz — wenigstens bei uns in Deutschland —, daß derjenige, der einen Anspruch aus einer Forderung erhebt, nur die Entstehung dieser Forderung darzuthun hat, und daß bei dargethaner Entstehung vermuthet wird, die Forderung bestehe

zur Zeit der Klagerhebung noch fort. Man erklärt es für zu hart, daß der Kläger beweisen müßte, die Forderung bestehe in der Gegenwart noch. Daraus folgt: Wenn der Beklagte geltend macht, „die Forderung ist durch erfolgte Zahlung erloschen, das Geschäft ist dadurch gelöst“ (negotium resolutum est oder hier: pecunia soluta est), dann hat das der Beklagte zu beweisen. Er bringt eine Einrede vor, die darlegt, daß der Klaganspruch seine Endschaft erreicht hat, er beruft sich auf eine Thatsache, durch welche die Vermuthung des Nochbestehens der Forderung zerstört wird. Das Vorbringen einer Zahlung ist das Vorbringen einer Einrede; die Beweislast trifft den Beklagten. Merkwürdigerweise stehen in dieser Beziehung die Franzosen auf einem anderen Standpunkt, und das ist von höchstem Interesse. Der Franzose spricht von einem „getheilten Geständnisse“. Der Satz, der die Lehre von dem getheilten Geständnisse praktisch gemacht hat, ist der Artikel 1356 des code civil: „Das gerichtliche Geständniß kann gegenüber dem, der es abgelegt hat, zu dessen Nachtheil nicht getheilt werden“. Wer den Satz zum ersten Male hört, ja auch wer ihn zum zweiten Male hört, wird ihn schwerlich verstehen. Der Satz ist auch ohne nähere Erklärung eigentlich nicht zu verstehen. Er ist aber ein sehr feiner und juristisch sehr beachtenswerther Satz. Einen Theil dieses Satzes nehmen wir für unsere Erörterung über die Bedeutung der Geltendmachung einer Zahlung hier heraus. Wenn ein Kaufmann sein Kaufgeld einklagt, dann behauptet er nach französischer Auffassung damit, das Kaufgeld ist noch nicht gezahlt, sonst würde — meint der Gesetzgeber — der Kaufmann ja gar nicht klagen. Sagt nun der Beklagte: „ich habe gezahlt“, so ist die nothwendige Folge jener Auffassung, daß das keine Einrede, sondern ein (motivirtes oder qualifizirtes) Leugnen ist. Der Beklagte „gesteht theilweise“, er gesteht, schuldig geworden oder gewesen zu sein, er gesteht aber nicht, noch zu schulden; das Geständniß ist darum in seiner Umhüllung ein Leugnen der nach französischer Auffassung in der Klage liegenden Behauptung, es sei noch nicht gezahlt. Es muß deshalb der Kläger beweisen, daß die Forderung noch besteht, d. h. daß nicht gezahlt ist; der Beklagte hat den Gegenbeweis, daß gezahlt ist. Und handelt es sich um einen Eid, so bekommt der Beklagte den Eid, daß gezahlt ist. Darin liegt im Hinblick auf den in unserm Falle Knod gegen Brede regulirten Eid ein weiterer interessanter Beleg dafür, daß man auch seine eigene Behauptung zu beschwören

in die Lage kommen kann.[1]) Das ist in Frankreich so bei allen geleugneten Zahlungseinreden. Für die rheinischen Lande ist durch unsere Civilprozeßordnung eine andere Rechtsauffassung geschaffen;[2]) heute steht es am Rheine, wie bei uns; die Zahlung ist eine Einrede. Uebrigens giebt es viel Fälle, in denen auch wir Nichtrheinländer früher wie gegenwärtig noch eine Zahlung nicht für eine Einrede halten, also in gewissem Sinne eine Ausnahme von obigem Satze zulassen.

Machen wir uns das an einem Beispiele klar. Jemand geht in ein Theater; drei Tage nachher bekommt er vom Theaterdirektor eine Klage auf Zahlung von 5 Mk. zugestellt; er habe soviel für den benutzten Parketplatz zu zahlen. Der Beklagte sagt: „Ich habe gezahlt". Muß er die Zahlung beweisen? Sie antworten: „Der Direktor hat zu beweisen, daß nicht gezahlt ist". Aber was der Beklagte geltend macht, scheint doch weiter nichts als eine Zahlungseinrede zu sein. Warum ist in diesem Falle eine Ausnahme von dem allgemeinen Satz zu machen, daß die Berufung auf stattgehabte Zahlung eine Einrede sei, die der zu beweisen habe, der die Zahlung behauptet?

Aus den natürlichen Verkehrsverhältnissen ergiebt sich, daß man ein Theaterbillet nicht in die Hand bekommt, ohne gezahlt zu haben; meist erfolgt sogar die Zahlung vor der Aushändigung des Billets, und das Billet ist die Quittung für geleistete Zahlung; ohne Billet kommt Niemand in den Besitz seines Platzes; wer den Platz inne gehabt hat, trägt also den Beweis stattgehabter Zahlung bereits in sich. Oder es läßt sich vielleicht auch so deduciren: Wer den Preis eines benutzten Theaterbillets einklagt, legt mit der bloßen Behauptung stattgehabter Benutzung die Entstehung einer Forderung auf den Billetpreis noch gar nicht genügend dar; die Klage ist thatsächlich unbegründet; dies ist es, was Beklagter mit Recht geltend macht, wenn er sich darauf beruft, jedes Billet werde notorisch an der Kasse nur gegen Bezahlung ausgehändigt, so sei es auch bei seinem Billet geschehen. Es kann freilich besondere Fälle geben, in denen dieser Satz nicht gilt. Hat etwa der Theaterkassirer aus Versehen zwei Billets ausgegeben statt eines, und einer der vor der Kasse Stehenden,

[1]) Siehe oben S. 93. 94. 96

[2]) Zu vergl. C.P.O. § 262 Abs. 1.

der das zweite Billet an sich genommen, schleicht sich in das Theater ein, so kann der Direktor den Preis zweifellos verlangen, aber er müßte die Sachlage genau darlegen und beweisen; dieser Sachlage gegenüber hätte dann der Beklagte den Gegenbeweis, daß er das Billet bezahlt habe.

Ob die Auffassung, daß unter Umständen in der Geltendmachung stattgehabter Zahlung ein Leugnen des Klaggrundes liegt, überhaupt bei jeder Geltendmachung eines Baarkaufs oder wenigstens bei gewissen Geschäften des täglichen Kleinverkehrs Platz zu greifen hat,[1] können wir für unsern Zweck unerörtert lassen. Für uns genügt die Feststellung, daß es zweifellos Fälle giebt, in denen die Behauptung des Beklagten, er habe gezahlt, den Kläger zwingt, mit nähern Angaben über die Art des Vertragsabschlusses hervorzutreten, die nicht stattgehabte Zahlung zu behaupten und auch seinerseits zu beweisen. Dadurch kommt dann der Beklagte in die Lage, die seinerseits behauptete Zahlung (also sein eignes Vorbringen) als wahr zu beschwören.

Wer das anerkennt, wird sich nicht wundern dürfen, daß bei Geltendmachung einer Suspensivbedingung ein ähnliches Verhältniß für den Beklagten eintritt.

Die gegentheilige — einst von Savigny angenommene — Meinung, daß der Beklagte, der sich auf eine Bedingung berufe, die Bedingungsabrede beweisen müsse, ist von Savigny's bedeutendstem Schüler, von Puchta, näher motivirt, wie folgt:

„Der eigentliche Grund ist: die Frage fällt unter die für den Beweis von Rechtsgeschäften geltende praesumtio iuris. Der Allegant hat seinem onus probandi genügt, wenn er die das Rechtsgeschäft bildenden Thatsachen bewiesen hat, Form und Inhalt, so weit er sich darauf beruft. Die Behauptung der Suspensivbedingung ist die Behauptung eines besonderen Mangels(!), welchen der ihn Behauptende beweisen muß.“[2]

---

[1]) So besonders Römer, Archiv f. civ. Pr. Bd. 62 S. 180ff.; Bähr, Sonderabdruck aus der krit. V.J.Schr., betr. den Entw. d. B.G.B. S. 66ff.; ders., Urteile des Reichsgerichts S. 35. Man käme damit zu dem Satze: Wer als Beklagter bei zweiseitigen Geschäften eine sofort (Zug um Zug) erfolgte Zahlung behauptet, leugnet die Entstehung der Klagforderung, wer eine später erfolgte Zahlung geltend macht, schützt eine Einrede vor. Das hat Vieles für sich.

[2]) Vorlesungen Bd. 1 S. 208. Allerdings scheint Puchta nur näher auszuführen, was Savigny (System Bd. 5 S. 154, 155) andeutet, wonach den die

Der vorhin erwähnte Hauseigenthümer B. kann danach unter Verschweigen der Suspensivbedingung — es sollte erst nach zwei Jahren festgestellt werden, ob der Kauf perfekt werde oder nicht — alsbald auf Zahlung des Hauspreises klagen; dann trifft ihn, wenn Beklagter zugiebt, den Kaufvertrag über das Haus geschlossen zu haben, aber geltend macht, der Kauf sei von der fraglichen Suspensivbedingung abhängig gemacht worden, keinerlei Beweislast; die Thatsachen stehen fest, so weit er sich darauf beruft; er beruft sich eben kluger Weise darauf nur, soweit es ihm nützlich ist. Wenn das statthaft wäre, und wenn durch eine solche Manipulation der Beklagte sich genöthigt sähe, dem Kläger den Eid über die Unbedingtheit des Geschäfts anzuvertrauen, dann wäre in der That unsere Jurisprudenz wenig werth. Das hieße, der Lüge Thür und Thor öffnen, es hieße einen Kläger, der wahrheitswidrig aus einem Geschäfte als aus einem unbedingten klagt, damit prämiiren, daß man ihn zum Eide über seine Lüge zuließe. Wer ein bedingtes Geschäft geschlossen hätte, könnte durch die Behauptung eines unbedingten Geschäftes dem Gegner, der die Bedingung geltend macht, den Beweis dieses vermeintlichen besonderen „Mangels" des Geschäftes aufbürden. Als läge in der Geltendmachung der Bedingtheit die Berufung auf einen Geschäftsmangel! In dieser Geltendmachung liegt etwas davon gänzlich Verschiedenes, nämlich die Negation eines — den Klaganspruch begründenden — rechtswirksamen Geschäftes überhaupt.

Auch was Windscheid über die Frage lehrt,[1]) möchte für Anfänger schwer verständlich sein. Dagegen findet sich ein völlig klarer, bestimmter und praktisch verwerthbarer Satz in Dernburg's Pandektenlehrbuch. Dort heißt es:

„Wenn gegenüber einer Klage, die sich auf ein angeblich unbedingtes oder unbefristetes Geschäft gründet, der Beklagte eine aufschiebende Bedingung oder Zeitbestimmung einwendet, so macht er geltend, daß das Geschäft anderer Art sei, als das durch die Klage vorgebrachte."

---

Last des Beweises treffen soll, der behauptet, „daß ein im Allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt sei." — Ein „im Allgemeinen zugestandenes Versprechen" ist aber kein prozessualisch faßbarer Begriff; man kann nicht „zugestehen", „einen Kauf geschlossen zu haben", vorbehaltlich der Frage, welches der Gegenstand des Kaufes, welches der Kaufpreis und welches die sonstigen Kaufbedingungen seien.

[1]) Pandekten 7. Aufl. § 86 S. 235.

Das ist der Kardinalpunkt: es sind zwei verschiedene Geschäfte, das unbedingte und das suspensivbedingte Geschäft. Wer behauptet, er habe ein Haus gekauft, sagt etwas ganz Anderes, als der, welcher sagt, er habe ein Haus unter der Bedingung gekauft, daß er innerhalb zweier Jahre 5000 Mk. verdiene. Als nothwendige Folge der Verschiedenheit des bedingten Geschäftes vom unbedingten wird dann von Dernburg sehr richtig der Satz ausgesprochen:

„Daher muß der Kläger den Abschluß des Geschäftes, wie er es in seiner Klage behauptet hat, gerade so beweisen, als wenn der Beklagte den Geschäftsabschluß überhaupt geleugnet hätte".

Mit dem Satze wird uns für unseren angeblich befristeten Cigarrenhandel der allein richtige Weg deutlich gewiesen. Hätten Sie, meine Herren, den Satz Dernburg's gefunden, ehe Sie Ihre Arbeiten einlieferten, so würden diejenigen unter Ihnen, welche angenommen haben, daß dem Kläger der Eid über die Befristung gebühre, stutzig geworden und wahrscheinlich zu andrer Ansicht gelangt sein. Denn ebenso wie mit der Suspensiv-Bedingung steht es mit der Frist.

Wie das unbedingte Geschäft ein anderes Geschäft ist als das bedingte, so ist das unbefristete Geschäft ein anderes Geschäft als das befristete. Das befristet abgeschlossene Geschäft ist nicht etwa ein Geschäft, das noch nachträglich ein Anhängsel bekommen hat. Nein, wer einen Kauf schließt mit der Abrede, er wolle die 30 Mk. Kaufpreis nach Jahresfrist bezahlen, schließt ein ganz anderes Geschäft, als wenn er sagte, er wolle sofort bezahlen. Gerade der Umstand der Befristung ist möglicherweise der Anlaß, daß überhaupt das Geschäft geschlossen wurde. Unser Beklagter Bitter hätte vielleicht die Cigarren nicht gekauft, wenn er sie alsbald hätte bezahlen sollen.

Also wir kommen zu dem Satze: der Kläger hat zu beweisen, daß das Kaufgeschäft unbefristet abgeschlossen ist, und dem Beklagten bleibt der Gegenbeweis vorbehalten, daß es befristet war.[1]) Der Fall gleicht mithin durchaus unserm ersten Prozesse Knod gegen Brede.

Wir nehmen an, daß Bitter die behauptete „Vereinbarung" im Termine dahin erläutert, er habe dem Kläger bei Bestellung der Cigarren geschrieben, die Zahlung des Preises werde erst in einem

[1]) So auch Entwurf des bürg. Gesetzbuchs 1. Lesung § 196. In zweiter Lesung ist § 196 mit anderen Bestimmungen über die — dem Prozeßrecht zuzuweisende — Beweislast gestrichen. Siehe oben S. 98.

Jahre erfolgen. Haben wir danach die Beweissätze für beide Theile gefunden, so käme es nun darauf an, den Eidessatz zu formuliren. Den ersten Theil des Eides, der dem Beklagten zufällt, daß das Geschäft nicht unbefristet abgeschlossen ist, streichen wir wieder wie im Falle Knod gegen Brede; er enthält eine häßliche Doppelnegative und ist im zweiten Theile des Eides mitenthalten. Der Beklagte hat zu schwören: „Ich schwöre, daß ich am 1. Juli 1893 bei Bestellung der 300 Cigarren dem Kläger geschrieben habe, der Kaufpreis werde von mir erst in einem Jahre gezahlt werden".

Wie beim Fall I macht sich in den Arbeiten der Herren von Neuem die Neigung bemerklich, einen solchen Eid in möglichst unbestimmte Form zu fassen. Also z. B. das Datum des Kaufabschlusses wegzulassen, auch nicht zu sagen, es sei die Frist auf ein Jahr bestimmt, sondern nur, daß „eine Frist" bestimmt sei. Aehnlich wollten verschiedene Stimmen, wie Sie sich erinnern werden, im Eide Brede's sagen, es sei „eine Verabredung" über den Preis des Hutes getroffen, welche, das sollte gleichgiltig sein.[1]) Es ist mir mittlerweile die Frage gestellt worden, aus welchem Grunde zu verlangen sei, daß der Eid auf eine speziell bestimmte Thatsache gestellt werde. Hierüber glaubte ich mich genügend bereits geäußert zu haben. Doch ist der Punkt so wichtig, daß ich gern noch näher darauf eingehe.

Dazu bietet die erste der heute mir zur Besprechung vorliegenden Arbeiten eines Herrn Studiosus des zweiten Semesters besonderen Anlaß. Diese Arbeit geht ihrem ganzen Inhalt nach darauf hinaus darzulegen, es wäre verderblich, einen so bestimmten, an die Parteibehauptungen sich so eng anschließenden Eid zu normiren. Denn das leiste „der Immoralität Vorschub"; es sei in unserm gegenwärtigen Falle richtiger zu setzen: eine — nicht näher bestimmte — Frist sei gewährt, statt es sei „bei Bestellung der Cigarren eine Frist von einem Jahre gewährt;" ein solcher allgemeiner Eid sei für den Beklagten bequemer. Es könnte auch ein chikanöser Kläger, der sich sagte: „eine Frist habe ich zwar bewilligt, aber nicht auf ein Jahr, sondern auf zwei Jahre", den Beklagten den Eid, daß eine einjährige Frist bewilligt sei, leisten lassen, um ihn nachträglich meineidig zu machen. Aehnliche Gedanken hatte ich, als ich im Anfang meiner

---

[1]) Siehe oben S. 96.

Referendariatszeit stand. Es war in einer Darlehnsklage behauptet worden, daß das Darlehn „am 25. Juli 1852" gegeben sei; darüber war der Eid zu formuliren. Ich sagte mir: wenn ich schreibe „am 25. Juli 1852", wozu ist das? Es kann ja auch am 26. Juli oder sonst wann gewesen sein. Ich strich deshalb in meinem Eidesentwurfe das Datum hinweg und legte so den Eid dem Richter vor. Der Richter setzte das Datum wieder hinein. Auf die Frage nach dem Grunde sagte er: „die Partei hat es ja so behauptet; wäre das Darlehn nicht am 25. Juli gegeben, so hätte sie es nicht zu behaupten brauchen; sie hätte sich vielleicht darauf beschränken können zu sagen, das Darlehn sei im Juli oder im Sommer 1852 gegeben; aber irgend welche Zeitangabe ist unerläßlich, um das eingeklagte Darlehn von andern Darlehn zu unterscheiden; der Klagegegenstand muß seiner Individualität nach bezeichnet sein". Und das ist richtig. Wir haben früher schon gesehen,[1]) daß man die Parteien anhalten und gewöhnen muß, möglichst speziell jede Thatsache anzugeben, und daß sich das im heutigen Prozesse vortrefflich mit Hülfe des richterlichen Fragerechts erreichen läßt. Behauptet der Kläger, am 25. Juli 1890 dem Beklagten ein Darlehn von 100 Mk. gegeben zu haben, und leugnet der Beklagte, am 25. Juli 1890 100 Mk. als Darlehn vom Kläger empfangen zu haben, so wird der Richter gut thun, ehe er zur Auflage des etwa zugeschobenen und angenommenen Eides schreitet, durch Verhandlung mit den Parteien klarzustellen, worüber sie eigentlich streiten: ob der Beklagte sagen will, alle Angaben des Klägers seien rein aus der Luft gegriffen, ob er sagen will, nicht er, sondern ein Dritter, etwa seine Frau, habe die 100 Mk. dargeliehen erhalten, ob er sagen will, nicht 100, sondern 80 Mk. habe er dargeliehen erhalten, oder ob er sagen will, nicht am 25. Juli, sondern etwa am 25. Juni habe er die 100 Mk. erhalten. Je nachdem der Beklagte nach einer dieser Richtungen hin sein Leugnen erläutert, wird der Kläger dann Veranlassung nehmen, seine Klage möglicherweise zu ändern. Der Kläger erwidert vielleicht, der Tag der Darlehnshingabe könne auch der 25. Juni, der Darlehnsbetrag könne auch nur 80 Mk. gewesen sein, die Frau habe Namens ihres Mannes das Darlehn in Empfang genommen 2c. Vielleicht auch beläßt es der Kläger bei seinen Klagbehauptungen. Je nach der Gestaltung der

---

[1]) Siehe oben S. 45. 70.

Verhandlung richtet sich dann die Eidesfassung. Sollte freilich der Beklagte hartnäckig, ohne weitere Erläuterung zu geben, lediglich bei dem Bestreiten sämmtlicher Klagbehauptungen beharren und der Kläger ebenfalls nur seine Klagbehauptungen festhalten, so bliebe für den Richter nichts übrig, als vom Beklagten den Eid zu verlangen, er habe am 25. Juli 1890 vom Kläger 100 Mk. nicht dargeliehen erhalten.[1]) Nicht aber wäre der Richter berechtigt, weil vielleicht im Juni oder zu anderer Zeit das Darlehn gegeben wäre, und weil es vielleicht weniger als 100 Mk. betragen hätte, den Eid für den Beklagten ohne Weiteres dahin zu formuliren, daß er vom Kläger (überhaupt) ein Darlehn oder daß er im Jahre 1890 ein Darlehn von 100 Mk. oder von einem geringeren Betrage nicht erhalten habe. Ein solcher Eid wäre für den Beklagten ein unstatthafter Gewissenszwang. Wollte Kläger die eben hervorgehobenen Thatsachen zu Eid gestellt haben, so hätte er behaupten müssen, das Darlehn könne auch zu einer anderen (immerhin irgendwie zu bezeichnenden) Zeit gegeben sein, es könne sich auch auf weniger als 100 Mk. — und zwar mindestens auf 80 Mk. — belaufen haben. Der Eid und die Eidesauflage ist nicht dazu da, dem Eidespflichtigen gewissermaßen die Daumenschrauben anzusetzen, im Eidestermine mit der näheren Substanziirung seines Leugnens hervorzutreten. V o r der Eidesauflage muß das nöthige thatsächliche Material beschafft werden. Das wird häufig nicht genügend beachtet.

Bringt also Jemand dem Richter in einer Klage die unbestimmte Behauptung, daß eine Frist gewährt, eine Vereinbarung über den Kaufpreis getroffen sei, ohne daß die Dauer der Frist oder die Höhe des Kaufpreises erhellt, so hat der Richter das zu verwerfen. Der Richter hat regelmäßig von der Partei zu verlangen, daß sie mit genügend bestimmten Behauptungen herausgeht. Schon aus der Substanziirungspflicht folgt, daß das thatsächliche Material genau angegeben werden muß, wenn auch unter Umständen ein Mangel genügender Substanziirung durch ein gegnerisches Zugeständniß geheilt werden kann.[1]) Jede Thatsache aber, die zum Eide

---

[1]) Das auf Grund dieses Eides ergangene Urtheil schlösse dann selbstverständlich nicht aus, daß der Kläger in einem späteren Prozesse geltend machen könne, er habe am 25. Juli 1890 dem Beklagten 90 Mk. oder er habe ihm am 26. Juli 100 Mk. dargeliehen.

[1]) Siehe oben S. 55.

kommt, hat gewissermaßen drei Prüfsteine zu passiren oder durch drei Nadelöhre hindurchzulaufen: erstens ist zu prüfen, ob sie in dem Vortrage der Partei gehörig substanziirt ist, um überhaupt beachtet zu werden, dann ist zu fragen, ob sie genügt, um zu einem Beweisgegenstand gemacht zu werden. Erst wenn dies Beides der Fall, kann drittens die Frage entstehen: ist die Behauptung auch geeignet, in einen Eid aufgenommen zu werden? Die Thatsache, daß „eine" Frist gewährt, daß „eine" Vereinbarung über den Preis getroffen ist, passirt nicht einmal den ersten Prüfstein, sie kann also auch nicht Gegenstand des Beweises werden, noch weniger Gegenstand des Eides. Das folgt auch aus der Verhandlungsmaxime und der Eventualmaxime; die Eventualmaxime gilt wenigstens insofern auch heuzutage noch, als den Parteien unbenommen ist, sich widersprechende Behauptungen in eventueller Folge gleichzeitig nebeneinander aufzustellen.[2]) Der Richter hat nur das seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, was vorgebracht ist. Sagt der Beklagte, eine einjährige Frist ist gewährt, so hat der Richter sich nicht weiter darum zu kümmern, ob etwa für den, der sich auf die Frist beruft, eine halbjährige Frist auch genügen würde. Was außer dem von den Parteien Behaupteten sonst noch möglich wäre, geht ihn nichts an, er hat sich an das und nur an das zu halten, was die Parteien behaupten. Die Thatsache der Bewilligung einer einjährigen Frist ist eine ganz andere Thatsache, als die Thatsache der Bewilligung einer halbjährigen Frist oder die Thatsache der Bewilligung „einer" (nicht näher bestimmten) Frist. Der Eid darüber, daß „eine" Frist bewilligt sei, wäre nur statthaft, wenn die betreffende Parteibehauptung dahin ging, es sei „eine" Frist bewilligt, d. h. wenn vorliegend der Beklagte vorgebracht hätte, der Kläger habe erklärt, ihm „eine" Frist bewilligen zu wollen, und wenn dieses Vorbringen für thatsächlich genügend begründet zu halten wäre. Der Beklagte hat aber vorgebracht, daß der Kläger ihm eine einjährige Frist bewilligt habe. Dieser Thatsache gegenüber wäre ein Eid, Kläger habe „eine" Frist bewilligt, ein verkehrter Eid, ja, er wäre ein für die Partei geradezu verfänglicher, weil doppelsinniger Eid. Denn entweder wäre der Eid ein Eid über eine andere als die behauptete Thatsache (wenn man nämlich den Eid dahin versteht, daß Kläger erklärt habe: „ich bewillige dir Frist"). Oder es wäre

---

[2]) Siehe oben S. 35. 36.

ein Eid über ein **Urtheil** nicht über eine Thatsache (wenn man den Eid dahin versteht, daß Kläger eine Erklärung abgegeben habe, deren Inhalt im Näheren ungesagt bliebe, die aber nach Ansicht des Schwörenden eine Fristbewilligung, gleichviel welcher Art, enthielte). In solcher Weise dürfen die Eide nicht regulirt werden. Wollte der Beklagte noch eine weitere Thatsache berücksichtigt haben als die von ihm behauptete Bewilligung einer einjährigen Frist, möglicherweise auch die Bewilligung einer kürzeren Frist, dann war er gemäß der Eventualmaxime befugt zu sagen: „Zunächst behaupte ich die Bewilligung einer einjährigen Frist, eventuell die einer dreivierteljährigen oder einer halbjährigen.“ Das ist die richtige Art und Weise, wie solche eventuellen Thatsachen zum Gegenstande eines Beweises und eines Eides gemacht werden können. Faßt man aber den Eid ins Unbestimmte, so weiß die Partei überhaupt nicht, was sie beschwören soll; sie wird auf diese Weise — nicht wird sie durch einen möglichst konkret gefaßten Eid — zu Meineiden verleitet. Je unbestimmter ein Eid gefaßt ist, desto größeren Gewissenszwang legt er dem Eidespflichtigen auf; der Eidespflichtige wird dadurch genöthigt, mehr zu beschwören oder zu verneinen, als er nach der aufgestellten Parteibehauptung zu beschwören oder zu verneinen braucht. Deshalb ist es im vorliegenden Falle nöthig, daß nicht blos die Abrede einer „einjährigen“ Frist, sondern auch die Zeit der Vereinbarung („bei Bestellung der Cigarren“) Aufnahme findet.

Nachdem wir also mit Rücksicht darauf, daß die Frist-Vereinbarung, wie oben[1]) angenommen, näher erläutert ist, den Eid für den Beklagten dahin regulirt haben: „Ich schwöre, daß ich bei Bestellung der gelieferten 300 Cigarren dem Kläger geschrieben habe, ich würde erst nach einem Jahre zahlen“, kommen wir zu der Frage: Welche Folgen knüpfen sich an die Leistung oder Nichtleistung des Eides? Es liegt am nächsten, die kostenpflichtige Klagabweisung in Aussicht zu nehmen für den Fall, daß der Beklagte den Eid leistet.

Die durchgesehenen Arbeiten stehen sämmtlich auf diesem Standpunkte. Hier knüpfe ich aber an die heute auf meine erste Frage mir gewordene Antwort an: es sei im gegenwärtigen Prozesse zu entscheiden, ob Bitter seine 30 Mk. für die Cigarren alsbald zahlen solle **oder erst am 1. Juli 1894.** Diese Antwort recht-

[1]) Siehe S. 133.

fertigt möglicherweise eine andere Folge für den Fall der Eidesleistung auszusprechen als die Klagabweisung — die Verurtheilung, „am 1. Juli 1894 30 Mk. *zu zahlen*." Wenn nämlich nach geleistetem Eide auf Klagabweisung erkannt wird und Beklagter demnächst auch am 1. Juli 1894 nicht zahlt, so hätte Kläger noch einmal zu klagen.

Das frühere Recht kannte eine Verurtheilung auf Zahlung an einem künftigen Kalendertage nicht, weil man zur Klagbegründung die Nativität der Klage verlangte: nur wenn der Beklagte bereits zur Zeit der Klagerhebung schuldig war, konnte er zur Zahlung verurtheilt werden. Bei wiederkehrenden Leistungen machte man jedoch eine Ausnahme; man ließ neben der Verurtheilung zu den bereits fälligen Leistungen auch eine Verurtheilung zu den künftig fällig werdenden Leistungen zu. In unserem Falle wäre es aber, wenn der Eid geleistet wird, viel zweckmäßiger zu verurtheilen, am 1. Juli 1894 zu zahlen. Das würde für die Kosten insofern von Erheblichkeit sein, als der Kläger für kostenpflichtig erklärt werden müßte, aber, wenn Beklagter am 1. Juli 1894 nicht zahlte, davor bewahrt bliebe, nochmals klagen zu müssen: er könnte aus dem ergangenen Urtheil den Zwang vollstrecken lassen. Daß dies Verfahren heutzutage zulässig ist, ergiebt sich u. A. aus einer lex fugitiva der Civilprozeßordnung; § 672 lautet:

„Ist die Geltendmachung des Anspruchs *von dem Eintritt eines Kalendertages* abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist." [1])

Dieser Satz hätte keinen Sinn, wenn die C.P.O. nicht Erkenntnisse zulassen wollte, bei denen die Zwangsvollstreckung von einem Kalendertag abhängig ist. Sie kennt also auch Verurtheilungen zur Zahlung an einem *künftigen* Termine.

Wir sehen demnach, daß zwei Verbesserungen an dem Ihnen gedruckt vorliegenden Urtheile des Falles II unbedingt erforderlich sind: der Eid fällt dem Beklagten zu, und in die Eidesnorm müssen die Worte „bei Bestellung" aufgenommen werden. Außerdem rechtfertigt es sich wohl auch, den Beklagten zur Zahlung von 30 Mk. zu verurtheilen, jedoch so, daß im Schwörungsfalle diese Zahlung am 1. Juli 1894 zu leisten ist und der Kläger die Prozeßkosten zu

[1]) Zu vergl. auch § 648 Nr. 6 und § 664 der C.P.O.

tragen hat, während im Nichtschwörungsfalle der Beklagte schlechthin zur Zahlung der 30 Mk. und zur Tragung der Kosten zu verurtheilen wäre.

Die ersten zwei Verbesserungen haben die beiden Herren Referendare, welche die Arbeiten Nr. 8 und 9 lieferten, auch vorgeschlagen, wie denn die letztgenannte Arbeit in allen Punkten das Richtige getroffen hat, nur auf die Verurtheilung des Beklagten zum 1. Juli 1894 ist sie nicht gekommen; das ist aber keinenfalls ein Fehler.

Es bleibt noch die Erörterung der auf dem Druckblatte gestellten Unterfrage 1 übrig, welche wissen will, wie zu entscheiden sei, wenn der Klaganspruch auf einen Bestellbrief vom 20. Juni 1893 gegründet wird, der von einer Befristung der Zahlung nichts sagt.[1]) Alle Arbeiten haben zutreffend erkannt, daß der Brief durchschlagend ist. Wenn er die Bestellung enthält und von einer Frist nichts sagt, so ist der Beweis geliefert, daß bei der Bestellung keine Frist vereinbart
446 wurde.[2]) Der § 411 der C.P.O. erklärt die Eideszuschiebung über eine Thatsache für unzulässig, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet. Zu einem Eide des Beklagten, es sei bei der Cigarrenbestellung eine Zahlungsfrist gewährt, kann es also nicht kommen. Was dagegen die Unterfrage 2 betrifft,[3]) wenn behauptet wird, daß neben dem Briefe vom 20. Juni 1893 am 25. Juni 1893 eine einjährige Frist verabredet sei, so haben sich die meisten Herren dahin ausgesprochen, dann sei ebenso zu entscheiden, wie in dem zu Fall II mitgetheilten Erkenntnisse. Allerdings ist hier so zu entscheiden, wie das Erkenntniß besagt. Da dies Erkenntniß aber für den Fall II von uns als unrichtig befunden wurde, ist der Fall der Unterfrage 2 entgegengesetzt zu entscheiden als der Fall II. Das heißt: wenn Beklagter geltend macht, nicht bei der Bestellung, sondern fünf Tage nachher sei eine Zahlungsfrist von einem Jahre gewährt, dann hat der Beklagte die Beweislast. Warum? Weil der ursprünglichen Verabredung eine spätere modifizirende Verabredung hinzutritt. Zuerst hatten die Parteien nichts gesagt von einer Frist, der Beklagte schuldete unbedingt. Wenn mehrere Tage nachher eine anderweite

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 5 unter 1.

[2]) Hier liegt also ein Fall vor, in welchem durch Klarlegung der vorgekommenen (brieflich niedergelegten) positiven Thatsachen die Negative bewiesen wird, daß die Zahlung nicht befristet war. Vergl. oben S. 56. 57.

[3]) Siehe Beilageheft S. 5 unter 2.

Verabredung getroffen wird, so ist das eine Aenderung des bisherigen Geschäftes, und der Beklagte hat den Beweis, daß nachträglich jene Verabredung getroffen sei.

Sie sehen, daß die anscheinend geringfügigen drei Modifikationen unseres Falles II von außerordentlicher Bedeutung für die schließliche Entscheidung sind. Ob bei oder nach der Bestellung Frist gewährt ist, bedingt einen gänzlich anderen Ausgang des Prozesses. Jede der drei Modifikationen stellt ein anderes Bild dar. Darin dürfte ein sprechender Beweis liegen, wie vielfältig im Rechtsleben die Prozesse sich gestalten können, wie die kleinste Aenderung des Thatbestandes dem Ganzen eine andere Richtung giebt. In der Schrift eines namhaften Theoretikers, welche die lange Dauer des Vorbereitungsdienstes angreift, las ich ohnlängst den Satz, es genüge eine zweijährige Vorbereitungszeit, da die Praxis nichts als sich stets wiederholende Kategorien von gleichgearteten Fällen biete. Eine solche Behauptung beweist nur, daß ihr Autor die Praxis nicht kennt. Gerade das Gegentheil jener Behauptung ist richtig: fast kein praktischer Fall liegt genau so, wie der andere, practica est multiplex.

Schließlich will ich zur Befriedigung der Herren, welche in unserem Falle den Eid dem Kläger auferlegt haben, erwähnen, daß Sie die Autorität eines hohen Gerichtshofes auf Ihrer Seite zu haben scheinen. Der Thatbestand, über den dieser Gerichtshof in einer landrechtlichen Sache zu urtheilen hatte, war folgender: Kläger verlangte Rückzahlung eines vor drei Monaten gekündigten Darlehns von 629 Mk.; der Beklagte antwortete, das Darlehn sei verabredetermaßen noch ein Jahr lang unkündbar. Wer hat hier den Beweis? Die Entscheidungsgründe sagen:

„Kläger behauptet (?) in der Klage, daß das Kapital nach dreimonatlicher Kündigung zahlbar sei. Unstreitig ist die Kündigung drei Monate vor der Klage erfolgt. Diese Kündigung ist die gesetzliche, wenn keine Zeit zur Rückzahlung gültigerweise bestimmt ist (A.L.R. Thl. I. Tit. 11 § 761). Der Schuldner hat daher (?), wenn er nach Ablauf von drei Monaten seit der Kündigung nicht zahlen will, weil eine längere Frist vereinbart sein soll, dieses zu behaupten und eventuell zu beweisen (?). Solche Behauptung enthält eine rechtshindernde (?) Thatsache, durch welche der

Kläger gehindert wird, seinen Anspruch zur Zeit geltend zu machen, sie ist daher eine wahre Einrede (?)" [1])

Die Rechtslage wird erst verständlich, wenn man berücksichtigt, daß nach A.L.R. (Thl. I. Tit. 11 § 729) die Vereinbarung ein- oder mehrjähriger Unkündbarkeit eines Darlehns zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedarf[2]) Diese Vorschrift läßt das mitgetheilte Erkenntniß mit Unrecht außer Betracht. Aber auch hiervon abgesehen, dürfte fast jedes seiner Worte zu Widerspruch Anlaß geben. Das A.L.R. (a. a. O. § 761) enthält die Vorschrift, daß jedes Darlehn über 150 Mk. einer dreimonatlichen Kündigung unterliegt, wenn nichts Anderes rechtsgültig vereinbart ist. Indem der Kläger eine vor drei Monaten stattgehabte Kündigung behauptet, muß angenommen werden, daß er einen Darlehnsvertrag geltend machen will, bei dem schriftlich über die Zeit der Rückzahlung nichts verabredet ist. Dies verkennen schon die ersten Worte der mitgetheilten Urtheilsgründe: „Kläger behauptet, das Kapital sei nach dreimonatlicher Kündigung zahlbar." Der Autor dieser Worte ist nicht scharf in seiner Ausdrucksweise. Kläger hat nicht „behauptet", daß das Darlehn nach drei Monaten zahlbar sei, sondern er hat etwas ganz Anderes behauptet; er hat behauptet (oder er hätte zu ordnungsmäßiger Begründung seiner Klage behaupten müssen), daß das Darlehn ohne Abrede einer Zeit der Rückzahlung gegeben und daß es vor drei Monaten gekündigt sei. Lag die erstere Behauptung nicht bereits in dem Klagvorbringen, so hätte der Kläger vermittels des richterlichen Fragerechts im Verhandlungstermine veranlaßt werden sollen, sie nachzubringen. Es verhält sich mit dieser Behauptung geradeso, wie mit der Behauptung der unterbliebenen Preisabrede im Falle Knod gegen Brede[3]): zur Substanziirung der Klage ist die Darlegung unerläßlich, daß es sich um einen Darlehnsvertrag handelt, bei welchem die gesetzliche dreimonatliche Kündigung Platz greift. Wenn der Kläger geltend macht, das Darlehn sei „nach drei Monaten

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 S. 383 (Hülfssenat).

[2]) Dem Wortlaut des § 729 nach ist die Schriftlichkeit nur für die Klage des Gläubigers erforderlich; daß aber auch der Schuldner einredeweise sich auf eine mündliche Kündigungsabrede nicht berufen kann, folgt aus den §§ 731, 761. Vergl. Förster-Eccius, Pr.Pr.R. 6. Aufl. Bd. 2 S. 244 Note 47.

[3]) Siehe oben S. 54 ff.

rückzahlbar", so ist das eine rechtliche Ausführung, eine Rechtsdeduktion aus der Vorschrift, daß ein Darlehn über 150 Mk. einer dreimonatlichen Kündigung unterliegt; es ist nimmermehr eine „Behauptung". Man behauptet im Prozesse Thatsachen, nicht Rechtssätze. Aus seinem thatsächlichen Vorbringen will Kläger rechtlich geschlossen haben, das Darlehn sei nach drei Monaten rückzahlbar. Dieser Schluß kann aber aus der einzigen Behauptung, das Darlehn sei „vor drei Monaten gekündigt", nicht gezogen werden, wenn man nicht die weitere Behauptung ergänzt, das Darlehn sei ohne Abrede einer Rückzahlungszeit gegeben. Statt diesen Mangel der Klagbegründung zu rügen, stellt das Erkenntniß den rechtlichen Schluß, das Darlehn sei nach drei Monaten rückzahlbar, inkorrekt als eine behauptete Thatsache hin. Nur dann läge diese Behauptung vor, wenn Kläger die Abrede einer dreimonatlichen Kündigung geltend gemacht hätte. Behauptete wirklich der Kläger, übereinkunftsmäßig habe das Darlehn nach drei Monaten zurückgezahlt werden sollen, so unterläge es erst recht keinem Zweifel, daß der Kläger, wenn der Beklagte sich auf eine Uebereinkunft längerer Rückzahlungsfrist beriefe, die in der Klage behauptete Abrede kürzerer Rückzahlungsfrist beweisen müßte. Der Kläger will aber eine Abrede der Rückzahlung überhaupt nicht geltend machen. Unser Beispiel zeigt, wie wichtig es ist, in der gerichtlichen Sprache streng zu unterscheiden, ob das, was parteiseitig vorgebracht wird, ein Behaupten oder ein Deduziren, ein Leugnen, ein motivirtes Leugnen oder eine Einrede ist. Denn dadurch, daß der Verfasser jenes Urtheils damit beginnt, die Fälligkeit des Darlehns nach dreimonatlicher Kündigung als „behauptet" zu bezeichnen, geräth er sofort auf den bedenklichen Weg, einen Vertrag als dargelegt anzunehmen, bei welchem das Darlehn nach dreimonatlicher Kündigung rückzahlbar sei. Das war gerade die nächste Frage, ob der Kläger den Abschluß eines Vertrages genügend behauptet hatte, bei welchem die Parteien über die Rückzahlungszeit geschwiegen haben. Ein binnen Jahresfrist unkündbares Darlehn und ein Darlehn ohne diese Klausel sind zwei gerade so verschiedene Geschäfte, wie ein verabredungsgemäß nach einem Jahre und ein verabredungsgemäß nach drei Monaten rückzahlbares Darlehn. Nirgends kann etwa von einer Vermuthung die Rede sein, daß ein Darlehn ohne Abrede einer Rückzahlungszeit gegeben werde. Indem vorliegend der Beklagte sagt, das Darlehn, auf welchem der Klag-

anspruch ruht, existire nicht, es sei einjährige Unkündbarkeit ausgemacht, will er den Klaggrund leugnen. Sein Leugnen ist aber nicht genügend substanziirt, nicht genügend thatsächlich begründet. Denn die Abrede einjähriger Unkündbarkeit hat nach A.L.R. nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich niedergelegt ist. Daß dies geschehen sei, hat Beklagter nicht behauptet. Folglich ist das in seinem Vorbringen liegende Bestreiten der Klagthatsachen unbeachtlich; sein Vorbringen enthält nicht ein Leugnen von (erheblichen) Klagthatsachen, sondern es enthält ein Zugeständniß von Thatsachen, die zwar mit den Klagthatsachen nicht voll identisch, aber ihnen gleichwerthig (äquipollent) sind[1]: der Beklagte schuldet den eingeklagten Darlehnsbetrag nicht blos, wenn (wie Kläger behauptet) das Darlehn ohne Abrede einer Rückzahlungszeit, sondern auch wenn es (wie Beklagter behauptet) mit blos mündlicher Abrede einer Rückzahlungszeit gegeben ist. Beklagter muß deshalb nach dem Klagantrage verurtheilt werden; aber nicht, weil ihm der Beweis seiner vermeintlichen „Einrede" einjähriger Befristung obliege und er diesen Beweis nicht angetreten, sondern weil er das Vorbringen des Klägers, es sei ein Darlehn ohne Abrede einer Rückzahlungszeit gegeben, ungenügend geleugnet hat. Würde der Beklagte eine schriftliche Abrede über die einjährige Unkündbarkeit behauptet haben, so müßte den Kläger der Hauptbeweis einer Darlehnshingabe ohne Rückzahlungsabrede treffen und dem Beklagten der Gegenbeweis der schriftlichen Abrede einjähriger Unkündbarkeit vorbehalten bleiben. Hätte dann Kläger den Eid über die Klagangaben zugeschoben, Beklagter aber die Urkunde über eine Abrede einjähriger Unkündbarkeit vorgelegt, so war mit Vorlage dieser Urkunde — ihre Beweistüchtigkeit unterstellt — der Prozeß zu Gunsten des Beklagten entschieden: der Gegenbeweis war dem Beklagten gelungen; und damit erübrigte sich der Eid betreffs des Hauptbeweises[2]. Hätte dagegen Beklagter über seine Behauptung nicht Urkundenbeweis angetreten, sondern ebenfalls den Eid zugeschoben, so kam es — analog unserm Falle Knod gegen Brede — zu einem Eide des Beklagten, daß eine einjährige Unkündbarkeit schriftlich verabredet sei.

Verlegt man den Fall in ein gemeinrechtliches Gebiet, so stellt sich die Sache einfacher, weil dort weder der Satz gilt, daß ein Dar-

[1]) Vergl. oben S. 103.

[2]) C.P.O. § 411.

lehn über 150 Mk. einer dreimonatlichen Kündigung unterliegt, noch der Satz, daß die Abrede einjähriger Unkündbarkeit der Schriftform bedarf. Das Vorbringen des Beklagten, es sei einjährige Unkündbarkeit verabredet, ist also ohne Weiteres beachtlich; es enthält ein genügendes Leugnen der Klagbehauptung, daß ein ohne Rückzahlungsabrede zu Stande gekommenes Darlehn vorliege, und dem Beklagten fällt der Eid zu, daß die einjährige Unkündbarkeit verabredet sei. Die Geltendmachung einer von Anfang an vereinbarten Befristung der Darlehnsrückzahlung kann nie eine Einrede, nie eine „rechtshindernde" Thatsache sein. Wo wäre denn das klägerische Recht, dem diese Thatsache hindernd entgegenträte? Niemals, auch nicht in einem noch so geringen Zeitmomente hat für den Kläger der Anspruch bestanden, den er klagend geltend macht. Keineswegs wird, wie obige reichsgerichtlichen Entscheidungsgründe sagen, der Kläger durch die Befristung „gehindert, seinen Anspruch zur Zeit geltend zu machen", sondern die Befristung schließt überhaupt den gegenwärtigen Klaganspruch von vornherein aus. Nur vermittels der prozessualisch unrichtigen Annahme, der Beklagte habe die Existenz „eines Darlehns im Allgemeinen" und damit die Existenz des concreten Klaganspruchs zugestanden, kann man dazu gelangen, von einer „Einrede" der Befristung in unserm Falle zu reden; „ein Darlehn im Allgemeinen" ist aber kein Substrat für ein Zugeständniß.[1]) Wer ein Darlehn von 100 Mk. erhalten zu haben „zugiebt", aber behauptet, er habe es nicht von dem Kläger, sondern von einem Dritten erhalten, leugnet eine der in concreto entscheidenden klagbegründenden Thatsachen und bestreitet damit den Klaganspruch überhaupt, wie derjenige eine der klagbegründenden Thatsachen (die Fälligkeit des Darlehns) leugnet, welcher ein Darlehn von 100 Mk. erhalten zu haben zugiebt, aber behauptet, dies Darlehn stütze den klägerischen Anspruch nicht, weil er es mit der Abrede erhalten habe, daß es erst nach Jahresfrist fällig sein solle. Es verhält sich mit der Befristung eines Darlehns geradeso, wie mit der Befristung des Kaufpreises in Sachen Kahle gegen Bitter: Kläger hat die Nichtbefristung zu beweisen.

Tritt man dieser Auffassung bei, so ergeben sich aus unserer Betrachtung etwa folgende Sätze:

---

[1]) Vergl. oben S. 131 Note 2.

1. Soll nach Behauptung des Beklagten bei Abschluß des der Klage zu Grunde liegenden als unbedingt dargestellten Vertrages eine dessen Wirksamkeit aufschiebende Bedingung oder eine Befristung vereinbart sein, so hat der Kläger die Unbedingtheit oder die Nichtbefristung zu beweisen.

2. Soll nach Abschluß des Vertrages eine aufschiebende Bedingung oder eine Befristung vereinbart sein, so liegt ein Einredevorbringen vor, und der Beklagte hat die Beweislast.

3. Der in Fällen der Nr. 1 über den unbedingt oder unbefristet erfolgten Vertragsschluß vom Kläger zugeschobene und vom Beklagten angenommene Schiedseid ist für den Beklagten dahin zu fassen, daß die von ihm behauptete Bedingung oder Befristung vereinbart sei.

4. Wer eine Forderung einklagt, hat nur die Entstehung der Forderung darzuthun; die Fortdauer einer entstandenen Forderung wird vermuthet. Es fällt deshalb in das Gebiet der Einrede, wenn Beklagter, die Entstehung der Forderung einräumend, deren Tilgung durch Zahlung geltend macht.

5. Wird gegenüber einer Klage die Befristung der geforderten Zahlung festgestellt, so ist zulässig, daß der Richter, wenn die Frist zur Zeit der Urtheilsfällung noch nicht voll abgelaufen ist, (möglicherweise unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten) dahin erkennt, der Beklagte sei schuldig, nach dem Fristablaufe zu zahlen.

# 7.

Es sind eine ganze Reihe von Anfragen gestellt, welche das betreffen, was wir das vorige Mal erörtert haben. Ich werde darauf näher eingehen. Es liegt uns ja weniger daran, vorwärts zu kommen, und weniger daran, ob die eine Frage bei Behandlung des Falles Knod gegen Brede oder ob die andere Frage bei Behandlung des Falles Kahle gegen Bitter erörtert wird, als daran, daß interessante und wichtige Fragen überhaupt erörtert werden. Zunächst ist ein Brief von einem der Herren Referendare eingegangen. Ihm hat es nicht gefallen, daß, wenn Jemand ein Theaterbillet nimmt und Tags danach auf Bezahlung verklagt wird, ich die Beweislast in Betreff der Zahlung anders reguliren will, als wenn Jemand einer gewöhnlichen Kaufgeldforderung gegenüber eine Zahlungseinrede vorbringt. Wäre es eine allgemeine Regel, meint er, daß der, der eine Zahlung behauptet, dieselbe zu beweisen hat, so würde sie auch für jenen Fall gelten müssen. Was ich wohl sagen würde, wenn Jemand 100 Mk. als verabredeten Kaufpreis einklagte und der Beklagte 10 Mk. als verabredet behauptete, „vorausgesetzt der Beklagte mache einen gleich glaubwürdigen Eindruck als der Kläger?“ Ob ich in diesem Falle, da die Behauptung des Beklagten doch etwas Unwahrscheinliches hätte, mich für berechtigt hielte zu sagen: es hat nicht der Kläger die Beweislast, sondern der Beklagte? Ob also thatsächliche Umstände des einzelnen Falles das Recht gäben, von allgemeinen Rechtsregeln abzuweichen? Ich leugne nicht, daß der Gedanke, je nach der größeren oder geringeren „Wahrscheinlichkeit“ einer Partei-Behauptung die Beweislast zu bestimmen, mir einen gelinden Schrecken verursacht hat. Damit gerathen wir auf das Gebiet der freien Beweiswürdigung, auf das wir heute wahrscheinlich auch sonst noch kommen werden. Das Gebiet ist keineswegs so einfach zu überblicken, als es scheint; die Grenzen der freien Beweiswürdigung sind nichts

weniger als leicht zu bestimmen. Es ist eine große Wohlthat, daß wir die freie Beweistheorie haben, aber sie birgt auch große Gefahren in sich. Zu diesen gehört die, daß ein Richter sich befugt hält, weil ihm die Parteien gleich glaubwürdig sind, die eine Behauptung ihm aber unwahrscheinlicher als die andere erscheint, die Beweislast dem aufzubürden, der die vermeintlich unwahrscheinlichere Behauptung vorgebracht hat. So ist die freie Beweiswürdigung nicht gemeint. Der Richter hat, wenn ihm nicht das Geständniß des Gegners den Beweis erspart, über die entscheidenden Thatsachen Beweis zu erheben; seine subjektive Meinung, die eine Thatsache scheine glaubhafter als die andere, hat er gänzlich bei Seite zu lassen; dem Richter gegenüber ist jede Parteibehauptung gleich wahrscheinlich oder gleich unwahrscheinlich. Allerdings habe ich manche Sonderbarkeiten in der Praxis erlebt, die mir klar machten, daß auch andere Auffassungen ihre Vertreter finden. Ein Amtsrichter sagte mir einmal mit Hinweis auf die freie Beweiswürdigung: „Ich sehe jetzt nach Einführung der C.P.O. den Beklagten nur an; leugnet er und zwinkert dabei mit den Augen, so glaube ich ihm nicht, und er wird verurtheilt." Auch sind mir schriftliche Aeußerungen zu Gesicht gekommen, wie die: „Die Angaben des Beklagten sind gegenüber den allgemein gehaltenen des Klägers so bestimmt, daß sie den vollen Eindruck der Richtigkeit machen; es wird deshalb die Darstellung des Beklagten als der Wahrheit entsprechend angenommen," oder: „Es ergiebt sich aus der bisherigen Beweisführung des Klägers, verbunden mit seiner in der mündlichen Verhandlung hervorgetretenen vollkommenen Glaubwürdigkeit unzweifelhaft die Wahrheit seiner Behauptung." Solche Argumentationen gehen weit über das Zulässige hinaus. Es kann nicht genug vor dieser Art Beweiswürdigung gewarnt werden. Das ist keine freie Beweiswürdigung, sondern richterliche Willkür.

Was aber die Frage angeht, ob die thatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles Abweichungen von prinzipiellen Regeln gestatten, so läßt sich darauf eine allgemeine bejahende oder verneinende Antwort nicht geben. Rücksichtlich der Beweislast bei der Klage auf Bezahlung eines benutzten Theaterbillets kommen wir mit dem Anfragenden möglicherweise leichter auf einen gemeinsamen Boden, wenn wir, wie ich das letzte Mal bereits andeutete, in dem Vorbringen des Beklagten, er habe ja das Billet bezahlt, weniger eine Zahlungs-

einrede als ein Bestreiten der Klagbegründung finden.[1]) Der Kläger, der den Preis eines Theaterbillets einklagt, hat nicht das Entstehen der Forderung dargelegt, deren Fortdauer zu vermuthen wäre, sondern er hat ein Verhältniß angeführt, aus welchem eine Forderung gar nicht erwächst.

An einem anderen Beispiel wird das noch klarer werden: Denken wir, der Besitzer eines Chokoladenautomaten klagt auf Zahlung von 10 Pfennig gegen Jemanden, der sich ein Stück Chokolade entnommen hat. Der Beklagte wird erwidern: „Wie kannst du mich verklagen? Die Einrichtung des Automaten beruht doch darauf, daß erst 10 Pfennig bezahlt werden, und daß infolgedessen ein Stück Chokolade verabfolgt wird.“ Allerdings könnte es vorkommen, daß der Beklagte sich, ohne 10 Pfennig in den Apparat zu thun, in den Besitz eines Stücks Chokolade gesetzt hat, z. B. durch Hineinwerfen eines Knopfs. Dann muß das vom Kläger dargelegt und nöthigenfalls bewiesen werden; oder mit andern Worten: den Kläger trifft der Beweis der nicht stattgefundenen Zahlung. Ebenso liegt es beim Theaterbillet. Also kann ich von meiner Ansicht nicht abgehen, daß der Beklagte die Bezahlung nicht zu beweisen braucht.

Eine zweite Reihe von Fragen, eine Art von Kollektiv-Note, bezieht sich darauf, daß ich es im Falle Kahle gegen Bitter für praktisch erklärte, wenn der Beklagte, nachdem sich der 1. Juli 1894 als Zahlungstermin herausgestellt hat, alsbald verurtheilt werde, am 1. Juli zu zahlen, und nicht für empfehlenswerth, die Klage abzuweisen. Ich hatte Bezug genommen auf § 672 C.P.O., welcher darüber spricht, wie Erkenntnisse, die eine Zahlung an einem bestimmten Tage aussprechen, zu vollstrecken seien. Dagegen haben sich mehrere Stimmen erhoben; insbesondere hat ein beim Amtsgericht beschäftigter Referendar eine beachtenswerthe und klare Ausführung dagegen gemacht. Im Ganzen sind wir gleichwohl nicht weit auseinander. Ich bin keineswegs der Meinung, daß die C.P.O. schlankweg eingeführt und gestattet hätte, alle zukünftigen Forderungen heute schon beliebig einzuklagen. Es liegt vielmehr die Sache folgendermaßen: die Frage, inwiefern Forderungen, die einen zur Zeit der Klagerhebung noch nicht fälligen Gegenstand betreffen, zu einer Verurtheilung führen können, ist seit langer Zeit in der Praxis behandelt.

---

[1]) Siehe oben S. 130.

Im alten gemeinrechtlichen, wie im preußischen Prozesse galt ursprünglich der strikte Satz: das Urtheil, das im Civilprozeß ergeht, ist stets zurückzubeziehen auf den Tag der Klage; also der Kläger muß darlegen, daß er zur Zeit der Klagerhebung forderungsberechtigt war; sonst hat Abweisung einzutreten. Das ist ein Satz, der auch in das A.L.R. übergegangen ist: § 55 Thl. I, Tit. 16 sagt, daß man „nicht eher als nach gänzlichem Ablaufe des bestimmten Tages auf die Zahlung zu klagen berechtigt ist.“ Trotz dieses gemein- und preußischrechtlichen Satzes hat die Praxis doch aus Zweckmäßigkeitsgründen nach mehreren Richtungen hin mildernd eingegriffen. Es ist nichts Ungewöhnliches, daß Jemand verpflichtet ist, zu verschiedenen Terminen (wir nehmen an, monatlich) etwas zu leisten. Erhebt sich ein Streit, ob überhaupt die Verpflichtung besteht, und ob die fälligen Leistungen bezahlt sind, so hat man das Bedürfniß gefühlt, das Urtheil, wenn der Kläger siegt, dahin ergehen zu lassen: der Anspruch wird anerkannt und Beklagter wird verurtheilt, allmonatlich in Zukunft eine gewisse Summe zu leisten, auch die fälligen Leistungen alsbald zu bezahlen. Um nicht zu weit vom allgemeinen Prinzipe abzuweichen, hat man diese Ausnahme anfänglich auf dingliche Ansprüche beschränkt, weil die dabei auf „Anerkennung des Rechts“ gerichtete Klagbitte zugleich die Verpflichtung zu künftigen Leistungen in sich schließe. Später ist man weiter gegangen und hat auch bei persönlichen Ansprüchen die Verurtheilung zu künftigen Leistungen zugelassen. Für das gemeinrechtliche wie für das landrechtliche Gebiet ist das anerkannt bei Schadensansprüchen und Alimentenansprüchen.[1]) Das hat zur Folge, daß mit Eintritt des für die Fälligkeit jeder einzelnen Leistung entscheidenden Termins der siegreiche Kläger sich Zwangsvollstreckung verschaffen kann. Im Interesse des Beklagten mag das wenig liegen; müßte der Kläger jede einzelne Leistung nach der Fälligkeit gesondert einklagen, so hätte der Beklagte längere Fristen für seine Zahlung, oder er hätte möglicherweise — darauf ist auch von einem der Herren hingewiesen — eine zur Kompensation geeignete Forderung erworben, die er andernfalls in der Exekutionsinstanz besonders geltend machen müßte. An solchen vielleicht dem Beklagten drohenden Nachtheilen hat man keinen Anstoß genommen. Dann weiter: bei Darlehnsklagen hat der Kläger bekanntermaßen die Kündigung zu behaupten. Es

[1]) Vergl. Förster-Eccius, heut. gemeines preußisches Privatrecht Bd. I § 50 (6. Aufl. S. 257).

ergiebt sich häufig im Prozesse, daß die behauptete Kündigung nicht beweisbar ist: der Bote, der sie bestellen sollte, der Brief, der sie enthielt, ist nicht angekommen. Jedenfalls liegt aber in der Klage eine Kündigung; denn deutlicher kann man es nicht ausdrücken, daß man dargeliehenes Geld zurück haben wolle, als daß man es einklagt. Also sagte der Richter schon im älteren schriftlichen Prozeß: wenn seit der Klagzustellung die Kündigungsfrist abgelaufen ist, dann darf der Beklagte verurtheilt werden, obwohl die Klage zur Zeit ihrer Erhebung noch nicht begründet (noch nicht nata) war. Genau genommen hätte die Klage abgewiesen werden müssen. Man ist sowohl im preußischen als im gemeinen Recht nicht davor zurückgeschreckt, hierin eine zu beseitigende Härte, eine unnütze Vermehrung der Prozesse zu finden. Man ließ also zu, daß der Richter den Beklagten trotzdem verurtheilte. Wie stand es aber, wenn die Kündigungsfrist erst nach Erlaß des Urtheils ablief? Vielleicht leitete ein recht praktisch denkender Richter, sofern es sich um wenige Tage bis zum Ablauf der Kündigungsfrist handelte, den Prozeß so, daß das zu fällende Urtheil von einem Tage datirte, der hinter den Ablauf der Kündigungsfrist fiel; vielleicht wagte er auch die Verurtheilung des Beklagten so zu fassen, daß die Zahlung auf einen hinter das Urtheil fallenden Tag gestellt wurde.[1]) Ein Interesse, solche Klagen auf künftige Leistung nicht zurückzuweisen, ist längst vor der C.P.O. in ziemlich weitgehendem Umfange anerkannt; so sagte schon Bornemann[2]) (vor fünfzig Jahren), es sei gerechtfertigt, auch bei der nicht ausdrücklich als Kündigungsklage[3]) angestellten auf Rückforderung des Darlehns gerichteten Klage trotz mangelnden Nachweises vorgängiger Kündigung nicht auf Abweisung der Klage, sondern auf Zahlung zur gesetzmäßigen Zeit zu erkennen.

Auch das Oberhandelsgericht nahm (1875) bei der Weigerung fälliger Jahresraten „ein gegenwärtiges rechtliches Interesse" des Klägers an, die Verurtheilung zu den weiteren Jahresraten zu begehren, „da Kläger sonst genöthigt wäre, jede einzelne Rate nach Verfall besonders einzuklagen".[4])

---

[1]) Vergl. Förster in Busch, Ztschr. f. deutschen Civilpr. Bd. 8 S. 132.

[2]) Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. 3, Berlin 1843 (2. Aufl.) S. 160. — [3]) Eine besondere Klage aus der A.G.O. § 28 1, 13.

[4]) Entsch. Bd. 18 S. 59. Vergl. auch Rocholl in Busch's Ztschr. f. Civilpr. Bd. 8 S. 353, 354; Gruchot's Beiträge Bd. 26 S. 362.

Sie sehen also, wie schon die Praxis des früheren Prozesses bestrebt gewesen ist, sich den Weg zu Erkenntnissen zu bahnen, die zu einer zukünftigen Zahlung verurtheilen. Nachdem § 231 C.P.O. bei vorliegendem Interesse an alsbaldiger Feststellung eine Klage auch vor erfolgter Rechtsverletzung gegeben und § 672 eine Zwangsvollstreckung auf einen vom Eintritt eines Kalendertages abhängigen Anspruch anerkannt hat, wird man bei der ferneren Gestaltung unseres heutigen Prozeßrechtes ein genügendes Interesse des Klägers an der Verurtheilung des Beklagten nicht bestreiten, wenn im Februar ausgesprochen werden soll, daß der Beklagte verpflichtet sei, am 1. Juli zu zahlen. Es besteht über die angeregte Frage eine ganze Litteratur. Ich verweise auf Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. I S. 556, namentlich aber auf Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 155, wo gerade ausgeführt wird, daß eine Feststellungsklage sich im Laufe des Prozesses in eine Leistungsklage verwandeln kann und umgekehrt. Die Differenz zwischen den dissentirenden Herren und mir besteht lediglich in der Auffassung der thatsächlichen Verhältnisse, nicht im Rechtspunkte. Man wird dahin neigen, ein Interesse an alsbaldiger Feststellung für unsern Kläger anzunehmen, der die Prozeßkosten nun einmal aufgewendet und nach wenigen Monaten Zahlung zu beanspruchen hat. Der Richter könnte auch allenfalls den Kläger noch fragen, ob er eine solche Verurtheilung beantrage. Freilich darf der Richter dem Kläger nicht etwas Anderes zusprechen, als was der Kläger gebeten hat. Daß es aber ein aliud sei, wenn Jemand verurtheilt wird, am 1. Juli statt alsbald zu zahlen, kann ich nicht anerkennen. Es ist ein minus. Also über diese Schwierigkeiten der Verurtheilung zu künftigen Leistungen würden wir hinwegkommen.

Anders liegt die Sache und tiefer geht die Differenz, was die Angriffe bezüglich der Beweislast bei bedingten und bei befristeten Geschäften anbetrifft. Einer der Herren hat sich berufen auf § 229 A.L.R. Theil I Tit. 5, welcher sagt:

„Daß ein Vertrag unter besonderen Bedingungen geschlossen worden, wird, auch bei mündlichen gültigen Verträgen, nicht vermuthet."

Die Worte besagen nur, daß für die Existenz einer Bedingung nicht vermuthet wird; es heißt keineswegs, daß eine Vermuthung für die Nichtexistenz einer Bedingung besteht. Allerdings hat man das herauslesen wollen; in Koch's Kommentar sind die Stimmen ver-

zeichnet, die sich dahin aussprechen, und auch Förster hat in seinem Preußischen Privatrecht sich ihnen zugesellt. Nach der neueren, wie mir scheint, richtigeren Auffassung hat — glücklicherweise — der Paragraph die Frage nicht regulirt. Denn hätte er sie regulirt, so hätte er die zu ertheilende Antwort in einem nicht wünschenswerthen Sinne festgenagelt. Das ist eben das Bedenkliche einer Codifikation; je mehr sie auf Einzelheiten eingeht, desto mehr schließt sie eine gesunde Entwickelung des Einflusses wissenschaftlicher Fortschritte in Beziehung auf Rechtsfragen aus, die vielleicht zur Zeit der Codifikation ausgetragen zu sein schienen, aber allmählich eine andere Beurtheilung gefunden haben. Kommt die Wissenschaft auf einem abweichenden Standpunkte an, so stehen die starren Paragraphen des Gesetzes entgegen. Nun hören Sie, was Eccius[1]) über die eben erwähnte Ansicht seines Vorgängers Förster zum zitirten § 229 sagt: „Diese vom Obertribunal und Reichsoberhandelsgericht gemißbilligte Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden. Zwar bezieht sich die Vorschrift nach ihrer Stellung in der That auf Bedingungen im eigentlichen Sinne, und es hat nicht unwahrscheinlicherweise die hier in Rede stehende Frage dadurch entschieden werden sollen; der gewählte Ausdruck hat sie aber nicht entschieden. Daraus, daß nicht für die bedingte Natur eines Vertrages zu präsumiren ist, kann nicht gefolgert werden, daß umgekehrt für den unbedingten Geschäftsschluß eine Präsumtion bestehe. Der Satz ist also allerdings nichts weiter als eine triviale Ausgestaltung des § 28 I, 13 A.G.O." Dieser Paragraph bestimmt, daß ein bestrittener Klagpunkt oder Einwand verworfen werden muß, wenn dafür keine Beweismittel beigebracht werden können und keine Vermuthungen streiten.

Also § 229 hindert nicht anzunehmen, daß nach den Satzungen des A.L.R. keine Vermuthung für die Unbedingtheit existirt. Wer das Gegentheil annimmt, stellt sich auf den in der vorigen Vorlesung bekämpften Standpunkt Puchta's, nach welchem die Unbedingtheit eines Geschäftes zu vermuthen ist, weil die Bedingung ein Mangel des Geschäftes sei und diesen Mangel derjenige beweisen müsse, der sich darauf berufe.[2]) Ein unrichtigerer Satz als dieser läßt sich meiner Auffassung nach kaum denken. Es giebt keine Vermuthung,

---

[1]) Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 178 (6. Aufl.)

[2]) Siehe oben S. 131.

wie ein Geschäft zwischen zwei Kontrahenten abgeschlossen sei. Nirgends steht, der Richter habe anzunehmen, A und B seien bei ihrem konkreten Vertrage über die sog. essentiellen Punkte dieser Vertragsart und nur über sie einig geworden; Weiteres hätten sie nicht verabredet. Denken Sie nur, was aus einer solchen Annahme zu folgern sein würde. Man müßte die Summe der im Rechtsleben vorkommenden Kaufverträge, Miethverträge, Darlehne 2c. je in zwei Gruppen zerlegen; die einen wären die natürlichen, die einfachen, die zu vermuthenden Geschäfte, die andern wären die besonderen Geschäfte, deren Besonderheit des Beweises bedürfte. Eine solche Argumentation hat keinen Boden. Es giebt keine Vermuthung, daß ein Käufer ohne Preisabrede gekauft, daß ein Miether auf unbestimmte oder daß er auf bestimmte Zeit gemiethet, daß ein Darleiher dargeliehen habe, ohne eine Kündigungs- oder eine Rückzahlungsfrist zu vereinbaren, gerade so wenig, wie es eine Vermuthung giebt, daß man über oder unter 1000 Mk. dargeliehen habe.

Besonders schlagend findet sich diese Auffassung begründet in den Motiven einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Kassel, die bereits vor fast sechszig Jahren erging und Dem entspricht, was dieses Gericht seit jener Zeit stets und was auch unsere übrigen höchsten Gerichtshöfe fast stets festgehalten haben.[1]) Dort heißt es:[2]) „Wer einen Anspruch geltend macht, muß das Rechtsgeschäft darlegen, welches seiner Klage zum Grunde liegt . . . Der Anspruch stützt sich hierbei auch nicht auf ein Rechtsgeschäft im Allgemeinen, sondern auf das, was zwischen den Parteien in concreto stattgefunden hat. Behauptet nun der Kläger ein Faktum, welches einen solchen Schluß zuläßt, und der Verklagte giebt einen anderen Hergang an, so macht dieser keine Einrede geltend, sondern er leugnet, daß das Faktum so stattgefunden habe, wie es der Kläger angegeben hat. Es wird hierbei nicht der Schluß aus den Klagangaben bestritten, sondern die Grundlage dieses Schlusses in Abrede gestellt; es betrifft das Vorbringen demnach die Thatsachen der Klage. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Verklagte behauptet, es sei das Geschäft in einem geringeren oder größeren Umfange abgeschlossen, es seien einige von dem Kläger angegebene Bestimmungen nicht erfolgt, oder es seien

[1]) Siehe oben S. 98.

[2]) Heuser's Annalen Bd. 10 S. 603, 604.

diese, wie sie erfolgt, vom Kläger nicht angeführt worden; denn im einen wie im anderen Falle hat das Faktum nicht so stattgefunden, wie es vom Kläger behauptet wird. Ebenso wenig ist es erheblich, ob die betreffende Thatsache zu den Essentialien oder Naturalien oder Accidentalien des Kontrakts gehört. Dieser Punkt . . . kommt nicht zur Anwendung, wenn es sich fragt, wie der Hergang wirklich stattgefunden hat. Die Gesetze enthalten dafür im Allgemeinen keine Vermuthung, daß die Paciszenten das eine oder das andere Geschäft abschließen, und ob und welche Bestimmungen sie dabei treffen. Erst aus dem, was kontrahirt ist, macht man den Schluß auf die damit verbundenen juristischen Folgen, aber rückwärts ist der Schluß nicht zulässig, und eine Vermuthung darüber ist nicht aufzustellen, ob die Kontrahenten so oder so sich verabredet haben. . . . Darauf kommt es allein an, ob der gegenwärtige Anspruch begründet sei. . . . Dies wird man verneinen müssen, sobald der Kläger Ansprüche erhebt, die in dem Hergange, so wie er zwischen den Parteien streitig ist, ihre rechtliche Begründung nicht finden. . . . Der Kläger beweist hierbei auch nicht die Negative, sondern nur, daß, wie er angegeben[1]), die Abschließung stattgefunden habe. Es kommt deshalb wesentlich nur darauf an, daß die sog. Nebenverabredung bei Abschließung des Kontrakts erfolgt, mithin Theil desselben gewesen sei, indem natürlich eine nach der Abschließung getroffene Uebereinkunft nur eine Wiederauflösung enthalten und demnach als wahre Einrede in Betracht kommen würde."

Tritt also Jemand mit der Behauptung vor den Richter, er habe mit dem Beklagten ein Geschäft der Art abgeschlossen, daß der Beklagte gegenwärtig zu leisten habe, d. h. mit der Behauptung, es handle sich nicht um ein unter einer Suspensivbedingung noch schwebendes Geschäft, während in Wahrheit ein solches bedingtes Geschäft abgeschlossen ist, so sagt in solchem Falle der Kläger einfach eine Unwahrheit. Es ist verkehrt, dem Beklagten den Beweis dieser Unwahrheit aufzubürden und, bis dieser Beweis erbracht, die Darstellung des Klägers als wahre gelten zu lassen. Gesetzt, daß ich mich verpflichtet hätte, wenn es innerhalb der nächsten drei Monate schneit, 100 zu zahlen, so wäre es doch eine merkwürdige Vermuthung,

---

[1]) Vergl. oben S. 56 ff.

die dahin ginge, daß ich mich verpflichtet hätte, unbedingt 100 zu zahlen. Es ist kaum denkbar, daß man damit im praktischen Rechtsleben auskäme.

Ebenso verhält es sich mit der Befristung. Welcher begriffliche Unterschied bestände wohl für die Begründung einer heute erhobenen Klage aus einem Vertrage, in welchem Jemand sich verpflichtet, 100 zu zahlen, wenn es binnen drei Monaten schneit, und einem Vertrag, 100 zu zahlen, sobald der 1. Januar 1894 herankommt? Im einen Fall sollte den Kläger, im anderen den Beklagten die Beweislast treffen? Das befristete Geschäft und das unbefristete sind ebenso gänzlich verschiedene Geschäfte, wie das bedingte und das unbedingte. Wer eine Befristung geltend macht, leugnet, daß das Geschäft, auf welches der Kläger seine Klage stützt, so abgeschlossen sei, wie es der Kläger darstellt. Einer der Herren Referendare, der hier Widerspruch erhebt, macht noch darauf aufmerksam, daß er sich mit Dernburg in Uebereinstimmung befinde. Das ist, glaube ich, ein Irrthum, da Dernburg die Bedingungen und die Zeitbestimmungen völlig gleichstellt[1]).

Aber einer von den Herren beruft sich auch auf den Gerichtsgebrauch. Er hat einmal bei einer solchen Befristung den Beweis so reguliren wollen wie ich, da habe sich ein allgemeines Kopfschütteln erhoben; hierauf habe er sich die Sache nochmals überlegt und habe seine Meinung geändert. Wenn wirklich nach dieser Richtung hin eine Praxis bestände, so könnte ich ihr das Wort nicht reden, obwohl zuzugeben ist, daß auch in der Theorie die Meinungen getheilt sind. Soweit sich der Herr ferner auf das Rechtsgefühl beruft, gehen allerdings unsere beiderseitigen Gefühle schnurstracks auseinander. Denken Sie: A. erhält von seinem Onkel B. das Versprechen, er werde monatlich ihm 100 Mk. zahlen, aber erst vom 1. Oktober 1896 an. A. wird befreundet mit dem Herrn, der jenes dem meinigen widerstrebende Rechtsgefühl besitzt; der macht ihm klar: „du hast einen Vertrag mit deinem Onkel geschlossen, daß er dir vom 1. Oktober ab alle Monat 100 Mk. zu geben hat. Weißt du, daß er nach bestehender Rechtsvermuthung dir versprochen hat, alsbald zu zahlen? Es streitet nämlich eine Vermuthung dafür, daß Geschäfte unbefristet abgeschlossen werden. Folglich kannst du deinen

---

[1]) Siehe oben S. 132.

Onkel heute schon auf Zahlung des Monatsbetrages der 100 Mk. verklagen. Dann wird der Onkel auf die Klage zwar sagen, einen solchen Vertrag habe er nicht abgeschlossen, sondern einen befristeten, aber der Onkel muß dir dann den Eid zuschieben, daß die Frist nicht verabredet sei." Ist diese Entscheidung vernünftig? A. mag ja absichtlich einen Meineid nicht schwören, aber daß der Beklagte B. gezwungen sein soll, seine Zahlungspflicht auf des Gegners und Angreifers Eid zu stellen, erscheint doch schwer begreiflich[1]).

---

[1]) Betzinger, Beweislast, geht von einem gegentheiligen Rechtsgefühle aus und glaubt (S. 336) das Rechtsgefühl Derer, die seiner Meinung nicht sind, damit beschwichtigen zu können, daß er — auf die Wohlfeilheit des Papiers und auf die allgemeine Schulbildung verweist! Wer davon absehe, seine Verträge schriftlich zu fixiren, könne sich nicht beschweren, wenn er als Beklagter den seinerseits behaupteten ihm günstigen Vertragsinhalt durch den Kläger eidlich abschwören lassen müsse. Das ist auch ein Standpunkt, aber nicht der unserige. Warum in aller Welt soll denn der Kläger den Vortheil von dieser vermeintlichen, ihn doch ebenfalls treffenden Säumigkeit haben? Könnte man von einer Säumigkeit — also stets von einer beiderseitigen Säumigkeit — reden, so müßte dieselbe doch in erster Linie dem Kläger Nachtheil bringen. Außerdem weiß bei Abschluß des Vertrags keine der Parteien, wen von ihnen die Abrede einer Bedingung „begünstigt". Handelt es sich z. B. um eine angeblich bei einem Kaufe zugefügte Suspensivbedingung, so begünstigt diese Bedingung den Käufer, wenn er mit Berufung auf sie die Klage auf den Kaufpreis zurückweist, sie begünstigt aber in demselben Maße den Verkäufer, wenn er durch Berufung auf die Bedingung die Klage auf Lieferung der Waare zurückweist. Wer von Beiden kann nun dem Andern vorwerfen: „du hättest für Niederschrift des Vertrages sorgen müssen; folglich fällt mir der Eid zu"? Und wie paßt der Vorwurf versäumter Niederschrift überhaupt auf die tausend und abertausend Geschäfte des täglichen Verkehrs, bei denen Jedermann ausgelacht werden würde, wenn er eine Niederschrift verlangen wollte? Alle Kreditkäufe zu einem verabredeten billigen Preise müßten beurkundet werden, sofern die Nichtbeurkundung die Folge hätte, daß der Verkäufer, der eine Klage auf den angemessenen höheren Preis erhebe, sich selbst durch eidliche Verneinung der vom Käufer behaupteten Preisabrede den höheren angemessenen Preis zuschwören könnte. Daß umgekehrt der Verkäufer sich den Eid des Käufers über dessen möglicherweise unwahre Behauptung gefallen lassen muß, es sei ein geringerer Preis verabredet, ist die nothwendige und gerechte Folge der Verfahrungsweise des Verkäufers. Warum hat er dem Käufer auf Kredit verkauft? (Siehe oben S. 82 ff.) Jeder Verkäufer, der nicht Zug um Zug verkauft, hat mit unsicheren Forderungen zu rechnen; die Unsicherheit liegt, wie er weiß, nicht blos darin, daß möglicherweise der Käufer nicht zahlen kann, sondern auch darin, daß derselbe möglicherweise die Schuld ableugnet und abschwört. Trotzdem wird fast nie ein Schuldschein des

Einen nach der umgekehrten Richtung zu weit gehenden Gedanken macht der Verfasser einer anderen Arbeit geltend. Er meint, es sei kein Unterschied zu machen, ob die Befristung oder die Bedingung von Anfang an oder ob sie erst nachträglich vereinbart sei. Er will, auch wenn die Vereinbarung eine nachträgliche ist, den Beweis vom Kläger verlangen; denn auch die Behauptung einer nachträglich zugefügten Befristung oder Bedingung enthalte ein Leugnen des der Klage zu Grunde gelegten Geschäftes. Das kommt so ziemlich auf den französischen Standpunkt des getheilten Geständnisses hinaus, nach welchem die Geltendmachung einer Zahlung ein Leugnen der Existenz der Klagforderung sein soll[1]). Der deutschrechtlichen Auffassung entspricht es nicht. Wer im Prozesse sagt: „später haben wir eine Bedingung oder eine Befristung vereinbart," giebt zu, daß vorher eine unbedingte oder unbefristete Verpflichtung

Käufers im Verkehr verlangt; der Verkäufer würde damit sein Geschäft ruiniren. Leistet aber der Käufer eine ihm kreditirte Preiszahlung, so pflegt er Quittung zu fordern, oder er läßt wenigstens den Posten vor seinen Augen in den Büchern des Verkäufers durchstreichen. Wenn der zahlende Käufer von dem Einen wie von dem Anderen absieht, so weiß er, daß er die stattgehabte Zahlung auf den Eid des Verkäufers stellt: der Käufer riskirt, daß der Verkäufer auf nochmalige Zahlung klagt und die vom Käufer geltend gemachte Zahlung, auch wenn sie wirklich vorgekommen ist, abschwört. Diese Situation des Käufers entspricht gleichfalls den Anforderungen der Gerechtigkeit. B's. Ansicht stellt die natürlichsten Verhältnisse auf den Kopf, geräth mit sich selbst in Widerspruch (z. B. S. 341 Abs. 2 unter 2 vergl. mit Note 30; weiter unter 6, wo B. gegen seine Theorie einen „geleugneten Klaggrund" annimmt). Er imputirt seinen Gegnern Entscheidungen, die sie zu treffen nie die Thorheit haben werden (S. 340 a. E.). Auch dem Schüler, der seinen Professor aus einem Darlehnsversprechen belangt (S. 332, 333), gebührt keineswegs der Eid, das Versprechen sei ernstlich (nicht docendi causa im Kolleg) geleistet. Wäre dies anders, so würde das Professorenthum und ähnlich das Schauspielerthum die größten Gefahren in sich bergen: jeder Professor und jeder Schauspieler stellte durch ein im Kolleg oder auf den Brettern gegebenes Versprechen seine reelle Zahlungspflicht auf den Eid Desjenigen, dem im Kolleg bezw. auf den Brettern das sog. „Versprechen" gegeben wäre. Soll sich etwa auch der Professor und der Schauspieler mit Brief und Siegel seine vermeintliche „Einrede" sichern, und soll ihn der Vorwurf der Säumigkeit treffen, weil er dies nicht gethan? Die Behauptung des Beklagten, er habe das angebliche Versprechen im Kolleg oder auf den Brettern gegeben, ist ein Leugnen des Klaggrundes und nöthigt den Kläger darzulegen und zu beweisen, daß und welchergestalt ein Versprechen im Rechtssinne überhaupt gegeben sei.

[1]) Siehe oben S. 129.

entstanden ist, und eine entstandene Verpflichtung besteht so lange, bis ihr Erlöschen, ihre Abänderung bewiesen wird. Wenn der Beklagte geltend macht, nachträglich ist die Sachlage geändert, so liegt darin das Geltendmachen einer rechtshindernden Thatsache, einer Einrede, und der Beklagte hat den Beweis.

Schließlich habe ich sogar einen poetischen wohlgelungenen Erguß erhalten. Er bezieht sich auf das Druckblatt c in dem Mantelprozeß Klei gegen Voos,[1]) auf dessen demnächstige schriftliche Behandlung er einigen Einfluß haben kann. Deshalb möchte ich die Dichtung verlesen. Sie ist von einem Studiosus des vierten Semesters mit dem Motto „Facit indignatio versum“ eingeliefert und lautet:

„Das ist das alte Lied und Leid
Vom Deutsch der Herrn Juristen —
Ach, wenn sie endlich einmal klar
Sich auszudrücken wüßten!

Die Sprache in dem Urtheil c,[1])
Das Sie uns gaben neulich,
Ist leidergotts, Herr Präsident,
Mit einem Wort, abscheulich.

Der Satz ist wie ein Bandwurm lang
Von der bekannten Sorte,
Gleicht einem Schachtelhalm und zählt
Einhundertsechzig Worte.

Dem Mann, der dieses Ungetüm
Beim ersten Mal verstände,
Ihm drück' ich voll Ergebenheit
Hochachtungsvoll die Hände.

Dreimal muß man das Urtheil c
Durchlesen mit Beschwerden —
Ist es denn wirklich dazu da,
Um nicht kapirt zu werden?

Muß, was ein deutscher Richter schreibt,
Stets unverstanden bleiben?
Wann wird einmal auch ein Jurist
Es lernen, deutsch zu schreiben?!“

Beherzigen Sie es, meine Herren, für alle Zukunft und namentlich auch bei dem Urtheile, daß Sie an die Stelle des verunglückten Urtheils c zu setzen versuchen.

[1]) Siehe Beilageheft S. 9.

Nun wenden wir uns zu unserem, den Mantelprozeß betreffenden Druckblatte a.[1])

Dasselbe wird Ihnen wohl ebensowenig gefallen, als das Druckblatt c dem Herrn Studiosus des vierten Semesters.

Sämmtliche Arbeiten haben die im Druckblatt a vom Richter getroffene Entscheidung mißbilligt und haben richtig gefunden, daß der Spruch des Richters nicht brauchbar ist. Unsere an erster Stelle besprochenen Fälle in Sachen Knod gegen Brede und Kahle gegen Bitter (Nr. I und II des zuerst vertheilten Druckblattes)[2]) waren etwas einfacher als dieser jetzige Fall. In beiden anderen Fällen kam es lediglich auf eine einzige Behauptung des Beklagten an; sie bestimmte den ganzen Prozeß. Der Beweis wurde durch Eid geführt; in dem einen Falle hatte der Beklagte behauptet, 12 Mk., nicht 15 Mk. seien zu zahlen, in dem anderen, dem Befristungsfall, machte der Beklagte eine einjährige Befristung geltend. Im gegenwärtigen Falle kommen wir nicht ab mit Prüfung einer einzigen Behauptung, welche die Beklagte geltend macht: der Mantel entspräche nicht der Bestellung, sondern es ist noch weiter in Betracht zu ziehen, daß der als Kläger aufgetretene Schneider der Behauptung der Beklagten gegenüber seinerseits — gewissermaßen replikalisch — erwidert: „Wenn auch die Bestellung so erfolgt wäre, wie die Beklagte behauptet, so habe ich den Mantel doch eventuell auch dieser Bestellung gemäß geliefert; der Mantel genügt auch den gesteigerten Anforderungen der Beklagten.“ Die Sachlage ist darum noch keineswegs eine komplizirte; sie läßt sich dahin zusammenfassen: die Beklagte Boos hat bei dem Schneider Klei einen Mantel bestellt, sagt dann aber: „ich nehme den gelieferten Mantel nicht; er ist nicht so ausgefallen, wie ich ihn bestellt habe.“

Zunächst fragen wir wieder: Was bildet den Kernpunkt des ganzen Rechtsstreites? Die Antwort lautet: „Ob die Beklagte verpflichtet ist, den Mantel anzunehmen.“

Wir fragen weiter: welches Vertragsverhältniß liegt dem Geschäfte zu Grunde? Ich höre die Antwort: „Es ist ein Vertrag über Handlungen!“ Diese Antwort rührt von einem landrechtlichen Juristen her; das merkt man sofort. Nach gemeinem Recht liegt ein Kauf

---

1) Siehe hierzu S. 5 des Beilageheftes.

2) S. 3. 4 des Beilageheftes.

vor; es wird einem großen Theil von Ihnen bekannt sein: das gemeine Recht nennt dann die Bestellung von Kleidungsstücken nach Maß einen Kauf, wenn der Schneider den Stoff dazu hergiebt. Es nennt die Bestellung aber Miethe, Werkverdingung, wenn nicht der Schneider, sondern der Besteller den Stoff liefert. Auf denselben Standpunkt hat sich das französische Recht gestellt. Das hat einen ganz guten Sinn: wenn ich mir einen Mantel anschaffe, zu welchem der Schneider den Stoff giebt, so ist das nicht viel anders, als wenn ich in einem Laden einen Mantel kaufe. Der Stoff ist die Hauptsache, der Schneider hat den Stoff zurecht gemacht, aber das Ganze ist Kauf des bearbeiteten Stoffes. Anders, wenn ich den Stoff dazu gebe und dem Schneider sage: „Wollen Sie aus diesem Stoffe einen Mantel fertigen?" Dann ist die einzige Leistung des Schneiders seine Arbeit. Das A.L.R. hat diese Unterscheidung über Bord geworfen und sieht in beiden Fällen die Arbeitsleistung als die Hauptsache an; es erklärt den Vertrag nie für einen Kauf, sondern je nach Lage der Umstände für einen Vertrag über Handlungen oder für Werkverdingung. Der Unterschied zwischen gemeinem Rechte und Landrechte hat für unseren Fall keine Bedeutung; denn der Fall ist nach gemeinem, preußischem oder rheinischem Recht gleichmäßig zu entscheiden. Wie muß Kläger seine auf Zahlung von 90 Mk. für den angefertigten Mantel gerichtete Klage begründen? Was muß er behaupten, um den Anspruch auf 90 Mk. zur Genüge zu stützen? Er muß, wie wir bei unseren früheren Erörterungen gesehen haben, das Geschäft darlegen, aus dem sein Anspruch folgt. Zu diesem Zwecke sagt er: „Die Beklagte hat mich zu sich gerufen; sie hat mir einen alten Mantel vorgewiesen — wenigstens ist das aus dem Inhalte des in Ihren Händen befindlichen Druckblattes a herauszulesen[1]) — und hat von Bucklestoff einen gleichen Mantel bis zum Preise von 115 Mk. bestellt. Ich habe den Mantel geliefert." Ist diese Klage genügend begründet?

Das werden wir bejahen. Die Beklagte sagt dagegen: „Der Mantel ist unbrauchbar; ich habe bestellt, daß der neue Mantel 17 cm länger sein sollte, als der alte; das ist der neue Mantel nicht." Was bedeutet das Vorbringen der Beklagten gegenüber dem, was der Kläger gesagt hat? Wir müssen wie in unseren früheren Fällen

[1]) Rechtsfall IIIa des Beilageheftes S. 5 bis 7.

untersuchen: Ist das, was die Beklagte geltend macht, ein Leugnen oder ein Sichberufen auf eine mit dem Klaganspruch in Widerstreit tretende besondere Thatsache?

„Eine Einrede," höre ich von jener Seite sagen, „der Vertrag ist ja so wie der Kläger behauptet zugestanden; es ist noch eine besondere Thatsache hinzugefügt."

„Ein Leugnen des Klagegrundes," hält mir hier eine Stimme entgegen. Dem pflichten wir bei: der Kläger stellt den abgeschlossenen Vertrag anders dar als die Beklagte; es handelt sich um ein Leugnen des Klaggrundes, zu dessen Substanziirung freilich noch die Angabe gehört hätte, um wieviel weniger als 17 cm der neue Mantel den alten an Länge übertreffe.

Was aber hat der Kläger zu beweisen? Wir formuliren den Beweissatz. Sie erinnern sich, wie ich Ihnen empfahl, sobald Sie einen Rechtsfall beurtheilen, stets zu fragen: Welche Thatsachen dienen zur Begründung der Klage? Wie hat sich der Beklagte darauf eingelassen, und — wenn Sie finden, daß der Beklagte leugnet — was hat der Kläger zu beweisen? Ohne eine solche Prüfung kommt man zu keinem sicheren Resultate. Der Kläger hat also hier zu beweisen, daß nicht verabredet worden ist, der Mantel solle 17 cm länger sein, als der alte, oder — um alsbald den Beweissatz korrekt hinzuschreiben — „Kläger hat zu beweisen, daß am . . . . . bei Bestellung des fraglichen Mantels die Beklagte nicht erklärt hat, der Mantel müsse 17 cm länger sein als der vorgezeigte alte Mantel, es dürften nur vorzügliche Zuthaten genommen werden."

Was sagt nun der Kläger auf die Behauptungen der Beklagten? In unserer Druckschrift steht lediglich darüber zu lesen: „Kläger bestreitet die Einwendungen der Beklagten." [1]) Sie werden alsbald erkennen, daß das eine ungenügende Ausdrucksweise ist: Hat Kläger blos bestritten, daß verabredet sein soll, der neue Mantel müsse 17 cm länger sein als der alte, oder hat er weiter auch bestritten, daß der gelieferte Mantel dieser Bestellung nicht entspreche, also nicht 17 cm, sondern vielleicht blos 6 cm länger sei? Und hat der Kläger etwa seinerseits weiter die Behauptung aufgestellt, der Mantel sei 17 cm länger? Wir müssen dies Letztere annehmen. Das ergiebt sich aus der Vernehmung des Sachverständigen, der darüber befragt

---

[1]) Beilageheft S. 6 gegen Ende.

ist, ob der neue Mantel 17 cm länger sei als der alte.[1]) Wir unterstellen demnach, daß der Kläger erklärt hat: „Ich bleibe bei meiner ursprünglichen Behauptung, daß ohne diese besondere Maßgabe die Bestellung erfolgt ist, eventuell aber, d. h. für den Fall, daß sie so erfolgt ist, wie die Beklagte es darstellt, behaupte ich, daß auch meinerseits dieser Maßgabe Genüge geleistet ist; denn der Mantel ist 17 cm länger als der alte und die Zuthaten sind gut." Oder kommt etwa die Beklagte überhaupt nicht damit ab, daß sie die vom Kläger behauptete Art der Bestellung leugnet und die besondere Art der Bestellung angiebt, welche sie (die Beklagte) für die der Wahrheit entsprechende hält? Muß vielmehr die Beklagte ihrerseits geltend machen: diese Verabredung ist vom Kläger nicht eingehalten? Hat die Beklagte zu behaupten und zu beweisen, daß der Mantel weniger als 17 cm länger als der alte Mantel ist, und daß gute Zuthaten nicht genommen sind?

Es liegt nahe zu sagen, zur Substanziirung ihres Leugnens müsse die Beklagte alles Dies behaupten. Muß denn aber ein Kläger, der aus einer Bestellung klagt, seinerseits nicht darlegen, daß die Lieferung der Bestellung gemäß ist? Diese Frage ist sicher zu bejahen: der Kläger muß, um seine 90 Mk. einklagen zu können, die Darlegung und den Beweis übernehmen, wie die Bestellung gewesen ist, und ferner daß er dieser Bestellung genügt hat. Ist die Bestellung nicht so gewesen, wie er sagt, sondern wie die Beklagte sagt, dann muß wiederum der Kläger behaupten und beweisen, daß bestellungsgemäß der neue Mantel 17 cm länger sei als der alte. Mithin stellt sich die Sache — und zwar nicht so ganz einfach — folgendermaßen:

Wenn es richtig ist, was Kläger sagt, daß nichts über die Länge und die Zuthaten bestellt war[2]), so ist seine Klage begründet. Denn, daß dieser Bestellung der Mantel genügte, hat er behauptet und Beklagte hat es nicht bestritten. Mißlingt ihm aber der Beweis, daß ohne besondere Maßgaben die Bestellung erfolgte, und bewahr-

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 7 oben.

[2]) Mit dieser „Negative" als klagbegründende Behauptung verhält es sich ebenso wie mit der „Negative" der nichterfolgten Preisabrede im Falle Knod gegen Brede. Auch hier verschwindet die Negative, wenn man den Kläger die Art, wie die Bestellung erfolgt ist, in der Aufeinanderfolge der vorgekommenen Einzelthatsachen darlegen läßt (s. oben S. 56).

heitet es sich, was die Beklagte sagt, nämlich, daß bestellungsgemäß der Mantel 17 cm länger sein und nur gute Zuthaten haben sollte, so greift der Kläger zufolge der Art, wie die Beklagte sich erklärt hat, zu einer neuen eventuellen Begründung seines Anspruchs und sagt: „Sollte sich herausstellen, daß der Mantel 17 cm länger und nur mit guten Zuthaten bestellt ist, dann stütze ich darauf meine Klage und behaupte weiter: der Mantel ist auch 17 cm länger, und er hat gute Zuthaten." Auf diese Weise kommen wir zu zwei ferneren Beweissätzen für den Kläger.

Der erste Beweissatz lautet demnach, daß der Mantel ohne die besondere Verabredung, er solle in gewisser Beziehung vom älteren Mustermantel abweichen, bestellt sei. Dem reiht sich der zweite Beweissatz für den Kläger an, daß der Mantel 17 cm länger sei als der alte, und der dritte, daß der Mantel gute Zuthaten habe. Dem ersten Beweissatz gegenüber hat der beklagte Theil genau wie in den Fällen Knod gegen Brede und Kahle gegen Bitter den Gegenbeweis in Betreff der den Klagangaben widersprechenden besonderen Angaben. Also es hat Kläger entweder I zu beweisen, daß ohne jene besondere Verabredung der Mantel bestellt sei, vorbehaltlich des Gegenbeweises für die Beklagte, daß der Mantel um 17 cm länger und nur mit guten Zuthaten bestellt sei; oder II hat Kläger zu beweisen, 1. daß der Mantel 17 cm länger sei als der alte, und 2. daß nur gute Zuthaten verwendet seien.

Haben wir hiermit die Beweissätze regulirt, so erörtern wir: Wie soll der Beweis erhoben werden? Wie ist er angetreten? Wir befragen den gerichtlichen Thatbestand. Der ist so mangelhaft, daß wir darin über den Beweisantritt des Klägers überhaupt nichts finden. Der ganze Thatbestand beschränkt sich darauf, daß sämmtliche Klagthatsachen als feststehend vorgetragen sind, und daß das Vorbringen der Beklagten lediglich als eine „Einwendung" der Beklagten erscheint. Folglich ist der Verfasser des Thatbestandes der irrigen Meinung gewesen, daß eine überall zugestandene Klage vorliege, der gegenüber die Beklagte Einreden erhebe. Also es bedarf der Anfertigung eines neuen Thatbestandes. Wir müssen dazu wissen, wie der Kläger den Beweis der Klagbehauptungen angetreten hat. Unterstellen wir: durch Eid. Die Beklagte hat Gegenbeweis angetreten, indem sie ihr Dienstmädchen als Zeugin benannte, und zwar dafür, daß bei der Bestellung des Mantels ausgemacht sei, er solle 17 cm

länger sein, als der alte Mantel, und er solle nur gute Zuthaten haben.

Ueber den ersten Beweissatz schiebt Kläger den Eid zu, Beklagte tritt Gegenbeweis an durch Benennung ihres Dienstmädchens als Zeugen. Ueber den zweiten und dritten Beweissatz beruft sich der Kläger auf einen Sachverständigen. Was hat nun der Richter zu thun? Er kann verschieden verfahren. Er kann versuchen, der Beklagten durch Beweisbeschluß einen Eid dahin abzunehmen, daß verabredet sei, der Mantel solle 17 cm länger sein als der alte, und einen Eid, der Mantel solle gute Zuthaten haben. Denn, erheben die Parteien hiergegen keinen Widerspruch, erklären sie also thatsächlich ihre Einigkeit über Norm und Erheblichkeit der Eide, so verzichtet dadurch die Beklagte thatsächlich auf das Zeugniß ihres Dienstmädchens und ist bereit, zu diesen beiden Punkten die Eide als ausschlaggebend anzuerkennen. Sollte dann Beklagte die Leistung der Eide verweigern, so gewinnt der Kläger den Prozeß: es ist von ihm bewiesen, daß seine Angaben über die Art der Bestellung die richtigen waren. Schwört Beklagte die Eide, so wird die Vernehmung des Sachverständigen über die Beschaffenheit des gelieferten Mantels einzutreten haben. Näher, als die Eide durch Beweisbeschluß abzunehmen, liegt es aber, vorher die Gegenbeweiszeugin zu hören. Weiß diese nichts zur Sache, so könnte der Richter, wenn er die Eide nunmehr durch Beweisbeschluß abzunehmen versuchen will, diese Eide auflegen. Die Folgen der Eidesweigerung oder der Eidesleistung müßten dann dieselben sein, wie wenn das Eidesresolut der Zeugenvernehmung vorausginge. Entscheidet sich aber der Richter, sei es von vornherein, sei es weil eine der Parteien die Erheblichkeit oder die Norm der Eide anficht, dahin, daß die Eide durch bedingtes Endurtheil aufzuerlegen seien, so muß dieses Endurtheil bis zum Schlusse aller übrigen Beweiserhebungen aufgespart werden. Das bedingte Endurtheil muß — wie schon der Name „Endurtheil" anzeigt — den Abschluß des Verfahrens erster Instanz bilden. Alle etwa nöthigen Beweiserhebungen haben dem Endurtheil stets voranzugehen[1]). Nehmen wir also an, der Richter beschließt, die Eide durch bedingtes Endurtheil aufzuerlegen, und die Zeugin hat nichts zur Sache Dienliches bekundet, so kommt es zunächst zur Vernehmung

[1]) Vergl. oben S. 78. 79.

des Sachverständigen. Dasselbe tritt ein, wenn die Zeugin die besondere Abrede bei der Bestellung bekundet hat, wie sie die Beklagte von ihr bekundet wissen wollte. Damit ist der Gegenbeweis der Beklagten erbracht; die Eide entfallen dann, weil bereits das Gegentheil von dem bewiesen ist, was die Eide beweisen sollen (C.P.O. § 411). Hat aber die Zeugin etwa gar bekundet, daß Kläger im Rechte, d. h. daß die besondere Qualität der Zuthaten nicht verabredet sei, so erledigt sich alsbald der Streit zu Gunsten des Klägers; er hat den ihm obliegenden Beweis durch die zu seinen Gunsten ausgefallene Aussage der Gegenbeweiszeugin erbracht.

Das gleiche Resultat tritt ein, wenn der Sachverständige bekunden sollte, der neue Mantel sei 17 cm länger als der alte, und die Zuthaten seien gut. Dann hat der Richter über die Art, wie die Bestellung wirklich gelautet hat, weitern Beweis nicht zu erheben; er hat vielmehr zu sagen: die Parteien streiten zwar über den Inhalt der Bestellung; in dem für den Kläger ungünstigsten Falle hat sie so gelautet, wie die Beklagte angiebt; da nun der Sachverständige gesagt hat, daß die Anforderungen, welche die Beklagte an den Mantel stellt, erfüllt sind, so kommt es auf den Beweis nicht mehr an, ob diese Anforderungen gerechtfertigt waren: die Beklagte wird verurtheilt. Denn immer muß das Gericht bestrebt sein, auf dem kürzesten Wege zum Ziele zu gelangen; „ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe . . . zu erlassen" (C.P.O. § 272).

Nun lautet in unserm Falle die Aussage des Dienstmädchens: „Es ist die Rede gewesen von 17 cm, aber ich bin bis zum Ende der Unterredung nicht zugegen gewesen, weiß also nicht, was schließlich verabredet wurde." Ist dadurch ein Beweis erbracht?

Hiermit betreten wir wieder das Gebiet der richterlichen Beweiswürdigung. Die Verfasser einzelner der gelieferten Arbeiten führen aus: weil das Dienstmädchen gesagt hat, es sei von 17 cm die Rede gewesen, so ist es „wahrscheinlich," daß die Kontrahenten auch 17 cm verabredet haben, und der Beweis ist wenigstens soweit als geführt anzunehmen, daß sich die Auflage eines ergänzenden Eides (eines sogenannten richterlichen Eides) für die Beklagte rechtfertigt. Andere Arbeiten sagen: wenn ein Zeuge nicht weiß, wie der Vertrag abgeschlossen ist, sondern nur weiß, was die Kontrahenten gesprochen haben, ehe es zum Abschluß kam, so hat das keinerlei Werth; eine

Vermuthung oder Wahrscheinlichkeit dafür, daß das, was anfänglich gesprochen ist, auch wirklich beim Abschluß verabredet ist, liegt nicht vor; deshalb ist durch die Aussage des Dienstmädchens nichts bewiesen.

Die letztere Auffassung ist die richtige; hüten wir uns vor jener bedenklichen „Wahrscheinlichkeits"-Rechnung. Wir würden also zu dem Resultate kommen, daß die Beklagte nicht den richterlichen Eid, sondern den Schiedseid bekommt — der allerdings hier gerade so zu lauten hat, wie der richterliche Eid — und zwar über die Art der Verabredung. Soll dieser Eid durch bedingtes Endurtheil auferlegt werden, so fragt sich vorher, ob der zu erhebende Sachverständigenbeweis etwa ergeben hat, daß der Mantel die von der Beklagten geforderten Eigenschaften besitzt. Dies nimmt das gerichtliche Erkenntniß an; es erachtet durch die Aussage des Sachverständigen für dargethan, daß die Zuthaten nicht schlecht sind, und führt weiter aus: Was die Länge des Mantels betrifft, so hat zwar der Sachverständige gesagt, der Mantel sei nur 10 cm länger als der Probemantel, aber er könne 6 cm ausgelassen, folglich bis auf 16 cm länger gemacht werden; danach handelt es sich nur um 1 cm Differenz; eine so geringe Abweichung von der Bestellung ist unwesentlich; da der Mantel bis auf 16 cm länger gemacht werden kann, so muß Beklagte den Mantel nehmen.

Das Erkenntniß gehört zu denen, welche uns als Patienten erscheinen und zwar in einem ziemlich hohen Grade. Wir wollen es jetzt im Einzelnen prüfen.

Zunächst die Rubrik: die Bezeichnung der Beklagten als „Wittwe des Kaufmanns Boos hier" ist zu unvollständig; es war der Vorname des Mannes und der Vorname wie der Geburtsname der Beklagten anzugeben.

Dann die Urtheilsformel: „Beklagte wird verurtheilt, gegen Empfang des für sie vom Kläger gefertigten Radmantels an ihn (den Radmantel?) 90 Mk. . . . zu zahlen . . ."

Welcher Stil! Viel einfacher wäre es zu sagen: „Beklagte wird verurtheilt, dem Kläger gegen Empfang des in der Klage bezeichneten Mantels 90 Mk. . . . zu zahlen . . ."

Das nunmehr Folgende trägt die Ueberschrift: „Thatbestand und Gründe". Auch das ist nicht empfehlenswerth; Thatbestand und Gründe sollen nach dem Gesetz äußerlich getrennt sein; denn die C.P.O. § 284 sagt: „Das Urtheil enthält . . . 3. eine gedrängte

Darstellung des Sach- und Streitstandes .... (Thatbestand); 4. die Entscheidungsgründe." Das deutet klar darauf hin, daß Thatbestand und Entscheidungsgründe als verschiedene Dinge nicht unter einer gemeinsamen Ueberschrift zusammenzuwerfen sind. Wir beginnen mit dem „Thatbestand" für sich allein genommen. Er soll enthalten „die Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge." „Sach- und Streitstand" ist eine einfache Uebersetzung des alten prozessualischen Ausdrucks: „status causae et controversiae". Das soll heißen: erst kommen die feststehenden Thatsachen; das ist der Sachstand; dann kommen die streitigen Thatsachen, der Streitstand. Eine solche Anordnung ist nicht willkürlich, sie erleichtert sehr das Verständniß. Man muß mit den feststehenden Thatsachen beginnen. Das hat der Verfasser des Urtheils a[1]) auch thun wollen, aber er hat Alles als „Sachstand" hingestellt, was die Klage enthält, ohne zu erkennen, daß die Erklärung der Beklagten in einem Hauptpunkte eine verneinende Einlassung ist; denn es ist von der Beklagten die Art der Bestellung geleugnet. Der Thatbestand genügt also nicht. Dann aber ist schon die erste Thatsache: „Durch Postkarte ... bestellte die Beklagte den Kläger zu sich, um sich einen Radmantel anfertigen zu lassen" überflüssig und ungenau. Daß der Kläger von der Beklagten gerufen ist, kann doch keine rechtliche Bedeutung haben; daß er gekommen ist und den Mantel angemessen hat, könnte möglicherweise erheblich sein, aber das steht nicht einmal da. „Am Tage darauf bestellte Beklagte einen derartigen Mantel von Bucklestoff zum Preise bis 115 Mk." Viel einfacher waren die beiden Sätze in einen dahin zusammenzufassen, daß Beklagte am 22. November 1883 beim Kläger einen Radmantel nach Maßnahme und nach einem als Muster vorgelegten älteren Mantel bestellte. Namentlich die Vorlage des Musters, wie sie nach den im Urtheile mitgetheilten Aussagen der Auskunftspersonen als unstreitig anzunehmen ist, war im Sachstand hervorzuheben. Es fehlt auch, daß die Beklagte die Annahme des Mantels verweigert hat. Dagegen konnte Manches sonst aus dem Thatbestande wegbleiben, was derselbe anführt. Durchaus ungenügend ist aber vor Allem die Darstellung dessen, was der Kläger auf das Vorbringen der Beklagten erklärt.

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 6.

Denn mit der Bemerkung: „Kläger bestreitet die Einwendungen der Beklagten," ist so gut als gar nichts gesagt. Die Hauptsache war, daß Kläger geltend macht, der Mantel habe die Eigenschaften, die von der Beklagten gefordert würden. Der ganze Thatbestand ergiebt überhaupt, daß sich der Richter mit der Frage, was zur Klagbegründung gehöre, und wen die Beweislast treffe, gar nicht befaßt hat; er hält das Vorbringen der Beklagten ohne weitere Prüfung für „Einwendungen" und die Gegenerklärung des Klägers für ein Leugnen dieser Einwendungen.

Uebrigens ist es nicht ganz einfach, in dieser Sache einen guten Thatbestand zu liefern. Sollen wir einen Versuch machen, so würden wir sagen:

„Am 25. November 1883 sandte der Kläger mit einer auf 90 Mk. lautenden Rechnung der Beklagten einen für sie auf Bestellung gefertigten Radmantel von Bucklestoff zu. Die Beklagte sandte den Mantel als unbrauchbar zurück.

Kläger beantragt 2c.

Er behauptet, die Beklagte habe sich am 22. November 1883 das Maß nehmen lassen und unter Vorlage eines von ihr getragenen älteren Mantels erklärt, er möge ihr nach diesem Muster einen neuen Mantel von Bucklestoff bis zum Preise von 115 Mk. anfertigen; er habe sich darauf zur Anfertigung eines solchen Mantels bereit erklärt. (Beweis: Eid.) Der Bestellung entspreche der gelieferte Mantel (Beweis: Sachverständiger).

Die Beklagte bittet um Klagabweisung. Sie bestreitet unter Annahme des zugeschobenen Eides, daß die Bestellung so erfolgt sei, wie Kläger angiebt. Sie habe vielmehr ausdrücklich verlangt, daß der neue Mantel 17 cm länger als der alte sei (Beweis: Zeugin Y.); auch ergebe sich aus dem von ihr bis zu 115 Mk. bestimmten Preise, daß es sich um einen zur Pracht und Zierde bestimmten Gegenstand gehandelt habe; deshalb seien nur Zuthaten bester Sorte zu verwenden gewesen; Futter und Knöpfe seien aber nicht von der besten Sorte (Beweis: Sachverständiger Z.).

Kläger bestreitet, daß der Mantel 17 cm länger als der alte bestellt sei, und daß der Mantel seinem Preise nach als ein zur Pracht und Zierde bestimmter Gegenstand zu gelten habe; übrigens seien Zuthaten und Knöpfe gut, auch sei der Mantel 17 cm länger als der alte Mantel, oder könne wenigstens durch Auslassen eines um=

geschlagenen Saumes so lang gemacht werden. (Beweis: Sachverständiger W.)"

Hieran hätte sich dann die Aussage des Dienstmädchens und des Sachverständigen zu reihen, aber unter Bezeichnung des Beweisführers und der Thatsachen, über welche Beweis erhoben ist (C.P.O. § 324). Auch diese Bezeichnung fehlt, wie so häufig, im gerichtlichen Urtheile.

Wenn sodann dieses Urtheil vor Mittheilung der Beweiserhebung die Zeile einschiebt: „Es mußte, wie geschehen, erkannt werden", so ist das eine überflüssige Reminiscenz aus dem älteren Prozesse, welche damit zusammenhängt, daß man öfter mit dieser Zeile zu den Entscheidungsgründen hinüberleitete und die Darstellung des Beweisverfahrens als Theil der Entscheidungsgründe behandelte, während sie jetzt Theil des Thatbestandes sein müssen. Heute kann man also jene Zeile sich ersparen. Die Gründe des Erkenntnisses aber sind geradezu tumultuarisch. Statt zu erörtern, was zur Klagbegründung gehört, worüber Beweis erforderlich und wie er zu erheben ist, fällt das Erkenntniß gewissermaßen mit der Thür in's Haus und beginnt in seiner rechtlichen Erörterung damit, zu prüfen, was durch die Aussage einerseits der Zeugin, andererseits des Sachverständigen dargethan ist. Nach den einfachsten Regeln der Logik mußte dem die Darlegung vorangehen, weshalb dem Inhalte jener Aussagen entscheidende Bedeutung für den Prozeß innewohnt. Wie kommt der Richter dazu, die Zeugin und den Sachverständigen zu vernehmen? Hierüber mußte zunächst das Erkenntniß Rede und Antwort stehen. Dann mußte es ersichtlich machen, welche Behauptung von der Beklagten unter das Zeugniß des Dienstmädchens gestellt war, und ob diese Behauptung von dem Dienstmädchen bekundet wird. Richtig sagt das Erkenntniß: die Zeugin habe die Behauptungen der Beklagten nicht voll bestätigt, aber darauf komme es nicht weiter an, wenn der Kläger den von der Beklagten gestellten Bedingungen nachgekommen sei. Dann folgt aber der bedenkliche Satz: Dies sei „im Wesentlichen" geschehen, und das genüge.

Hierin liegt der Kern der Entscheidung: der Richter meint, wenn der bestellte Mantel auch 17 cm länger als der alte sein sollte, so entspricht der gelieferte Mantel dieser Bestellung, da er so eingerichtet ist, daß er um 16 cm länger als der alte gemacht werden kann; der fehlende eine Centimeter ist gleichgültig. Das beruht auf

einem Versehen in der rechtlichen Beurtheilung. Allerdings steht im A.L.R. ein Satz (Thl. I. Tit. 11 § 951):

„In Ansehung solcher Fehler, welche keinen wesentlichen Einfluß auf den Gebrauch des verdungenen Werkes haben, findet nur Minderung des bedungenen Preises oder Schadloshaltung statt."

Möglicherweise hat der Richter diesen Satz im Auge gehabt. Das ist wieder ein Beispiel der Gefahr einer in's Detail ausgeführten Codifikation; der Richter findet einen Paragraphen, der genau auf den ihm vorliegenden Fall paßt, aber den andern Paragraphen, der gerade die für den Fragefall entscheidende Sonderbestimmung enthält, findet der Richter nicht. Nämlich weiter bestimmt § 953 im Zusammenhalte mit § 947: „Beim Mangel einer ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaft, wenngleich sie an sich außerwesentlich, hat der Besteller des Werkes die Wahl, ob er vom Kontrakte abgehen oder Schadloshaltung fordern wolle." Das ist auch das einzig Vernunftgemäße. Denn, wer berechtigt den Richter, wenn die Beklagte einen um 17 cm längeren Mantel bestellt, zu sagen: die Beklagte kann auch mit einem 16 cm längeren zufrieden sein? Gesetzt, ich bestelle mir einen Rock oben mit einem rothen Knopf, und der Schneider bringt mir einen Rock ohne einen solchen Knopf, wer kann mich zwingen, den Rock ohne den rothen Knopf zu nehmen? Soweit ist niemals der Richter ein Regulator des Parteiwillens. Deshalb konnte auch der Richter in dem früher von mir erwähnten Falle[1]), in dem ein Auszügler eine ihm vertragsmäßig zugesicherte Klafter Holz einklagt, nicht sagen: warum fordert der Kläger nicht Kohlen, die sind ja billiger? Er hätte Kohlen fordern müssen, wenn ihm blos Brennmaterialien versprochen waren. Sobald die Parteien aber ausdrücklich Holzlieferung verabreden, kann kein Richter dem Kläger heißen, mit Kohlen zufrieden zu sein. Und so kann auch hier kein Richter sagen: 16 cm genügen statt der verabredeten 17 cm.

Sämmtliche durchgesehenen Arbeiten, mögen sie von Studirenden oder von Referendaren herrühren, haben erfreulicher Weise diesen Kernpunkt getroffen und das gerichtliche Urtheil als verfehlt erkannt, auch den Thatbestand desselben getadelt. Der Versuch freilich, den einige Arbeiten gemacht haben, einen ordnungsmäßigen Thatbestand zu liefern, ist nicht vollkommen gelungen.

[1]) Siehe oben S. 53. 54.

# 8.

Ehe wir dazu schreiten, die Sätze zusammenzufassen, die wir als das Resultat unserer Betrachtung des letztbesprochenen Falles [1]) ansehen, scheint es nicht unzweckmäßig, einen Halt zu machen, um einmal auf die sämmtlichen Fälle zurückzublicken, die wir bisher betrachtet haben, nämlich auf die drei, die Ihnen in Druckblättern vorliegen, und auf die zwei, die ich nebenher besprach. Wir werden dabei erkennen, daß diese Fälle doch etwas wesentlich Gemeinsames haben.

Die Fälle sind: 1., derjenige, in welchem es sich um den Kauf eines Hutes handelte, von dem der Beklagte sagte: ich habe ihn zu einem billigeren als den vom Kläger eingeklagten angemessenen Preise gekauft;

2. der Fall, in dem es sich darum handelte, daß Jemand ein Haus bezahlen soll, der seinerseits geltend macht, es sei unter der Suspensivbedingung gekauft, wenn der Beklagte innerhalb der nächsten zwei Jahre einen gewissen Geldbetrag zurücklege;

3. der Fall, in dem der Preis für ein angeblich nicht bezahltes Theaterbillet eingeklagt wurde;

4. der Fall, der die käufliche Lieferung von Cigarren zum Gegenstand hatte, während der Beklagte geltend macht: ich habe bei der Bestellung ein Jahr Frist ausbedungen;

5. der Fall, in welchem die Annahme eines nach der Behauptung des beklagten Theils bestellungswidrig angefertigten Mantels in Frage kam.

So verschieden anscheinend die Fälle liegen, so führten sie doch alle zu dem Resultat: der für die Entscheidung der Sache erhebliche Eid fällt dem Beklagten über eine von ihm selbst aufgestellte Be-

---

[1]) IIIa des Beilageheftes (S. 5 bis 7 daselbst).

hauptung zu. Wir sahen früher,[1]) es käme für die Entscheidung eines Rechtsstreits wesentlich darauf an, wem der Eid zufällt. Jemand, der im Getriebe des täglichen Rechtslebens nicht steht, sondern a priori die Sache betrachtet, wird vielleicht sagen: wie kann es für die Entscheidung eines Prozesses so erheblich sein, ob der Kläger beschwört: es ist bei Bestellung des Mantels nicht ausgemacht, daß er 17 cm länger sein soll, als ein anderer Mantel, oder ob der Beklagte schwört: es ist diese Bestellung in der angegebenen Weise gemacht? In beiden Fällen soll doch die Wahrheit festgestellt werden, wie die Bestellung gelautet hat, und da müßte man meinen: ob der Kläger die Positive oder der Beklagte die Negative beschwört, das muß einerlei sein; die Wahrheit kommt auf die eine wie auf die andere Weise an's Tageslicht; es darf doch von Niemandem vorausgesetzt werden, daß er einen falschen Eid leistet. Gottlob sind wir noch nicht soweit, daß man sagen könnte: Jedermann schwört, um seinen Prozeß zu gewinnen, den Eid, den er auferlegt bekommt, mag er das, was er beschwören soll, für wahr oder nicht für wahr halten. Aber die tägliche Erfahrung zeigt, daß gleichwohl bei weitem mehr auferlegte Eide geleistet als verweigert werden. Wie kommt das, wenn man nicht annimmt, daß der Eid böswillig falsch geleistet wird? Sobald Parteien in einen Prozeß gerathen, ist in der Regel der Streit nach den vorausgegangenen außergerichtlichen Verhandlungen zu einem bestimmten entscheidenden Punkt kristallisirt, die Parteien haben sich bereits das Thatsächliche in ihrem Innern so zurechtgelegt, daß der Kläger sagt: „meine Behauptung ist die richtige; ich bin nöthigenfalls bereit, sie zu beschwören." Und der Beklagte sagt dasselbe. Das liegt in der Unvollkommenheit des menschlichen Auffassungs- und Erinnerungsvermögens. Jeder von Ihnen, meine Herren, wird selbst öfter in der Lage gewesen sein zu behaupten: vor wenigen Tagen habe ich das oder jenes gesehen oder gehörf, und er wird, wenn es ihm bestritten wird, nicht anstehen zu erklären: „ich bin erbötig, es zu beschwören, ich weiß es genau". Trotzdem kommt es vor, daß Sie bald danach einen Anhalt finden, der Sie zu der Ueberzeugung bringt, daß Sie geirrt haben. Bei einem Prozeß, wo es auf eine einzelne spezielle Thatsache ankommt, ist derjenige, der sein Glück oder sein Mißgeschick von dieser Thatsache abhängig weiß, unschwer geneigt

[1]) Siehe oben S. 48. 81.

zu glauben, daß das, was er behauptet, das Richtige sei. So erklärt es sich, daß fast jeder erfahrene Richter sagen wird: die meisten Eide werden von dem, dem sie auferlegt sind, geschworen. Deshalb ist es thatsächlich ein großer Vortheil, im Prozesse zum Eide zugelassen zu werden. Die Antwort auf die Frage aber, welcher Partei dieser Vortheil zufällt, hängt weiter von der Unterfrage ab: wen trifft die Beweislast? Da hat sich denn bei allen fünf besprochenen Fällen ergeben, daß wir gefunden haben: sie trifft den Kläger. Alle fünf Fälle sind also eine Illustration des allgemeinen — freilich keineswegs ausnahmslosen — Rechtssatzes: actori incumbit probatio, oder mit andern Worten: dem Beklagten gebührt der Eid. Das entspricht auch, wie wir sahen,[1]) dem allgemeinen Rechtsgefühl: der Angreifer muß seinem Angriffe die nöthigen Stützen geben; der Angegriffene als der leidende Theil befindet sich in der günstigen Lage, von seinem Gegner den Beweis zu erwarten. Weiter aber war die gemeinsame Eigenthümlichkeit aller fünf Fälle, daß die Thatsache, die der Kläger zu beweisen hatte, je nach der Fassung der Klage in negativer Gestalt auftrat, während die allgemeine Regel gilt: affirmanti, non neganti incumbit probatio. So bilden unsere fünf Fälle die Darstellung einer mindestens scheinbaren großen Ausnahme, die ich Ihnen vorführen wollte. Erst durch die Einlassung des Beklagten wurden in der Klage versteckt liegende Behauptungen, welche für den Ausgang des Prozesses entscheidend waren, zum Vorschein gebracht. Hätte der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß bedingt, daß befristet verkauft oder daß mit besonderen Modalitäten bestellt sei, so wäre in dem ganzen Prozesse kein Anlaß gewesen, auf die in der Klage versteckt enthaltene negative Behauptung einzugehen. Weil der Beklagte die Bedingtheit oder die Befristung des Kaufs oder die besonders geartete Bestellung des Mantels geltend machte, trat hervor, daß hierin das Leugnen einer Klagbehauptung liege, die von Seiten des Klägers direkt gar nicht aufgestellt war.

Ferner war den sämmtlichen fünf Fällen eigenthümlich, daß das, was wir ein Leugnen der Klagbehauptung nannten, in der Klagbeantwortung nicht in die Form eines Leugnens, sondern umgekehrt in die eines Geständnisses gekleidet war: überall hatte der Beklagte seine Erklärung damit eingeführt, daß er sagte, „er gestehe zu“, ge-

[1]) Oben S. 81.

liefert erhalten, gekauft, bestellt zu haben; dann folgte das Aber. Dieses Zugeständniß erkannten wir als ein Leugnen. Es war mein Zweck bei Zusammenstellung dieser Fälle, Sie darauf hinzuführen, wie wesentlich es ist, genau zu prüfen, welche einzelnen speziellen Behauptungen zur Begründung des Klaganspruchs gehören, auch wenn sie möglicherweise nicht ausdrücklich in der Klage stehen, und wie die Erklärung des Beklagten nach dem materiellen Prozeßrechte öfter als Leugnen aufzufassen ist, auch wenn sie in die Form eines Zugeständnisses sich kleidet. Wir haben dann den Thatbestand in den entworfenen Urtheilen[1]) so formirt, daß im Gegensatz zu der Fassung der Parteierklärung hervortritt, es handle sich nicht um ein Geständniß und nicht um eine Einrede, sondern um ein Leugnen.

Endlich kam es uns darauf an, die vielfach auftauchende Meinung zu bekämpfen, daß bei Geschäften, die ein Kläger geltend macht, unter Umständen eine Vermuthung für die Art streite, wie das Geschäft abgeschlossen sei. Sowenig wir etwas davon wissen wollten, es sei zu vermuthen, daß Brede seinen Hut zum angemessenen Preis gekauft oder daß Frau Boos ihren Mantel ohne besondere Angabe über die Länge bestellt habe, so wenig wollten wir auch die Vermuthung gelten lassen, der Kauf eines Hauses sei unbedingt und der Kauf von Cigarren sei ohne Verabredung einer Zahlungsfrist zu Stande gekommen. Gerade die Heranziehung einer Vermuthung war der Grund, auf welchen sich eine Reihe von Widersprüchen gegen unsere Auffassung stützte, daß die Berufung auf eine Bedingung oder auf eine Befristung ein Leugnen der Klagthatsachen sei und nicht eine Einrede. Vermuthungen spielen allerdings bei der Beweislastfrage eine große Rolle. Wem eine Vermuthung zur Seite steht, der ist frei vom Beweise. Wann eine solche Vermuthung Platz greift, dafür giebt es keine allgemeinen durchschlagenden Regeln. Deshalb giebt es auch derartige Regeln nicht für die Entscheidung der Frage, ob ein Parteivorbringen als Leugnen oder als Einrede aufzufassen sei. Mit unverkennbarer Weisheit hat darum unsere Civilprozeßordnung den Satz aufgenommen: „Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet andrer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniß anzusehen ist, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles"[2]), und es traf

[1]) Siehe oben S. 112. 125. — [2]) § 262 Abs. 2.

wohl auch die Kommission für das bürgerliche Gesetzbuch das Richtige, wenn sie in zweiter Lesung die Vorschriften des Entwurfs erster Lesung über die Beweislast, gerade im Hinblick auf jene Vorschrift der C.P.O.[1]), gestrichen hat. Aber das ändert nichts an der Beurtheilung der von uns erörterten Beispiele.

Zu der Auffassung, in Fällen dieser Art zwischen vermeintlichen Haupt- und Nebenbestimmungen zu scheiden und für erstere, aber gegen letztere zu vermuthen, hat zweifellos beigetragen, daß man in den Systemen und in den Gesetzbüchern des materiellen Rechts Bedingung, Befristung, modus unter den gemeinsamen Namen von „Nebenabreden", „Nebenbestimmungen" begreift. Dieser Name verleitet für den Prozeß, für die Frage nach der Beweislast zu Mißverständnissen; er unterstützt die Meinung, als gehe das Recht davon aus, ein Geschäft zerfalle in Haupt- und Nebenabreden; als Regel seien die Hauptabreden anzusehen; das Andere seien Nebenabreden. So liegt die Sache aber nicht. Jedes Geschäft ist ein einheitliches Ganze. Niemand giebt dem Richter das Recht, über die Köpfe der Parteien hinweg die eine in dem Geschäft getroffene Abrede für eine Hauptsache, die andere für eine Nebensache zu erklären; jede Abrede ist möglicherweise im Sinne der einen oder der anderen Partei eine besonders bedeutungsvolle, oder sie kann wenigstens dazu werden. In vielen Fällen, in denen es sich um sogenannte Nebenbestimmungen handelt, bildet gerade eine dieser vermeintlichen Nebenbestimmungen den einzigen Streitpunkt; den Parteien ist sicher diese „Nebenbestimmung" sehr die Hauptbestimmung. Wer kann da behaupten, es wäre eine Nebenbestimmung, oder wer behaupten, es spräche eine Vermuthung gegen ihre Existenz? Ich komme darauf noch einmal zurück, weil mir nachträglich eine Arbeit zugegangen ist, welche von Neuem sich dagegen ausspricht, daß die Geltendmachung einer bei Abschluß des Geschäfts vereinbarten Zahlungsfrist ein Leugnen der Klagbehauptungen sein soll. Der Verfasser ist der Meinung, das möge in dem von mir gesetzten Beispiele richtig sein, wenn der Onkel seinem Neffen 100 Mk. vom 1. Oktober 1895 an verspreche;[2]) da könne der Onkel verlangen, daß der Neffe die Nichtabrede dieser Befristung beweise; anders dagegen liege die Sache bei dem Cigarrenkauf; dieser sei kein Zeitkauf

[1]) §§ 193—198. Vergl. oben S. 98. 133.

[2]) Siehe oben S. 156.

gewesen, die Cigarren seien alsbald geliefert; deshalb spreche eine „Vermuthung" dafür, daß sie auch alsbald bezahlt werden sollten; der Baarkauf bilde die Regel, der Kreditkauf die Ausnahme; wer in solchem Falle geltend mache, es sei eine Frist gewährt, müsse das als Einrede beweisen. Der Unterschied der beiden Fälle wird nicht anzuerkennen sein. Es kommen viele Käufe im täglichen Leben vor, bei denen der Gegenstand sofort geliefert, die Zahlung aber nach einer beim Kaufabschluß getroffenen Vereinbarung gestundet wird. Ich könnte ihnen Städte und ganze Gegenden nennen, wo es allgemein ist, nicht gegen Baar zu kaufen, und wo die Verkäufer den Wunsch haben, daß ihnen für kleinere Lieferungen nicht die Zahlungen einzeln im Laufe des Jahres, sondern als Gesammtposten bald nach Neujahr zugehen, weil sie selbst zu dieser Zeit gerade an ihre Grossisten Zahlung zu leisten haben. Von einer Vermuthung, daß gegen Baar gekauft sei, kann keine Rede sein. Außer Dernburg spricht sich unter den Neueren auch Windscheid dahin aus, daß das Behaupten einer Befristung ein Leugnen sei, und daß hinsichtlich der Beweislast dasselbe wie bei der Bedingung gelte; denn die Befristung sei „nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern eines einigen so geeigenschafteten Willens" [1]). Ein in Heuser's Annalen abgedrucktes Oberlandesgerichtsurtheil [2]) erkennt ebenso mit dürren Worten an, daß „die Behauptung des Beklagten, die Zahlung sei unter einer Befristung versprochen, nur als verneinende Einlassung aufzufassen und dem Kläger deshalb der Hauptbeweis des einfachen Geschäfts aufzulegen sei". Auf demselben Standpunkt steht ein in Seuffert's Archiv abgedrucktes Oberlandesgerichtserkenntniß [3]). Dazu kommt dann noch, daß auch der Schriftsteller, der unlängst ex professo in einer ausführlichen Monographie über „Rechtsgeschäft, Bedingung und Befristung" gehandelt hat, Enneccerus, sich über den Fall der Befristung ganz in dem von mir vertretenen Sinne äußert, wenn er sagt [4]):

„Für die Entscheidung unserer Frage ist der allgemeine Grundsatz maßgebend: der Kläger hat die Entstehung seines Rechtes zu beweisen, oder genauer: er hat diejenigen Thatsachen zu beweisen, welche dem Richter die Ueberzeugung verschaffen, daß das Klagrecht,

[1]) Pandekten § 96 Note 2. — [2]) Bd. 25 S. 358 (1880).
[3]) Bd. 45 Nr. 165. — [4]) S. 216, 217.

wenn nicht etwa besondere Hindernisse vorliegen sollten, entstanden ist. Dazu genügt aber der Beweis, daß ein Rechtsgeschäft, oder um mich auf den Hauptfall zu beschränken, daß ein Vertrag abgeschlossen sei, nicht. Es muß ein Inhalt des Vertrages nachgewiesen werden, welcher das Klagrecht und zwar jetzt zu erzeugen im Stande ist, und das ist nur der unbefristete Vertrag. Der Kläger hat also zu beweisen, daß die Parteien sofortige Rechtswirkung vereinbart haben. Dies beweist er entweder durch Bezugnahme auf eine ausdrückliche derartige Erklärung, oder durch Beweis eines ohne Zeitbestimmung abgeschlossenen Vertrages, da aus der Nichterwähnung eines dies eben die Absicht sofortiger Rechtswirkung erhellt. Ungenügend aber ist die Bezugnahme auf einen Vertrag, von dem es ungewiß bleibt, ob er etwas über die Zeit der Rechtswirkung enthalten habe. Für das Unbefristetsein der Verträge streitet ja keine Präsumtion . . . . Den Kläger trifft also die Beweislast, und daran wird auch das Geständniß des Beklagten, das fragliche Geschäft sei zwar abgeschlossen, aber als befristetes, nichts geändert; denn dieses Geständniß bezieht sich auf ein Geschäft anderen und zwar solchen Inhalts, daß daraus die Entstehung des Klagrechtes nicht gefolgert werden kann. In Wahrheit kann von einem Geständniß des Klaginhalts hier überhaupt gar nicht geredet werden; denn wegen der Einheit der befristeten Willenserklärung ist es nicht zulässig, die Behauptung des Beklagten in das Geständniß des Vertragsabschlusses überhaupt und die Behauptung der Hinzufügung einer Befristung zu zerreißen." [1])

[1]) Fitting, Ztschr. f. C.Pr. Bd. 13 S. 57 macht gegen § 196 des Entw. des B.G.B., der in der Behauptung, das vom Kläger dargestellte Geschäft sei befristet, ein Leugnen der Klagthatsachen sieht und damit die oben vertretene Ansicht adoptirt, geltend: dadurch werde das Dunkel eher gesteigert als erhellt. Zum Beleg bringt F. folgendes Beispiel: Ein Miether, der auf 10 Jahr gemiethet hat, wird nach Ablauf des ersten Jahres auf den Miethzins verklagt; der Kläger unterläßt zu sagen, daß auf 10 Jahr gemiethet sei. Der Beklagte „giebt den Abschluß des Miethvertrags zu, verlangt aber Klagabweisung, weil jener Endtermin beigefügt sei." Fitting sieht dem § 196 gegenüber „keinen andern Ausweg als Klagabweisung," da der Kläger den Abschluß des Miethvertrags ohne Endtermin nicht beweisen könne. Die Sache liegt anders. Ein Richter, der so judicirte, und ein Beklagter, der so sich vertheidigte, müßte doch für sehr thöricht gehalten werden. Es versteht sich von selbst, daß die Berufung des Beklagten auf eine Befristung nur dann rechtlich in Betracht kommen kann, wenn die Befristung der Art erheblich ist, daß sie (im Falle der Wahrheit) den Klaganspruch ausschließt. Für die unterstellte

Nicht überflüssig ist es, zur Stütze der Lehre, daß die Berufung auf eine beim Geschäftsabschlusse vereinbarte Bedingung oder Frist Leugnen des Klaggrundes, aber die Berufung auf eine nach dem Geschäftsabschlusse vereinbarte Bedingung oder Frist Geltendmachung einer Einrede ist, eine Parallele aus dem Spezialgebiete der Eigenthumsklage heranzuziehen.

Häufig kommt es vor, daß einer Eigenthumsklage gegenüber der Beklagte leugnet, der Kläger sei Eigenthümer, und daß der Beklagte dabei bemerkt, er sei selbst Eigenthümer. Man spricht hier in Theorie und Praxis von einer exceptio dominii. Wenn ein Kläger sein Eigenthum in der Klage behauptet und der Beklagte dagegen geltend macht: „ich bestreite des Klägers Eigenthum; denn ich bin Eigenthümer," so können wir aus diesem Sachverhalt noch nicht ersehen, ob eine exceptio dominii im eigentlichen Sinne des Wortes, d. h. ob eine „Einrede" vorliegt, oder ob es sich nur um ein Leugnen des klägerischen Eigenthums handelt. Darüber kann nur Entscheidung getroffen werden, nachdem der Kläger mit seinen speziellen Thatsachen hervorgetreten ist, wie er das Eigenthum erworben haben will. Unterstellen wir, daß der Kläger sagt: „Ich habe 1890 von B. die Mobilie X. gekauft und überliefert erhalten; ich habe sie seit dieser Zeit besessen, bin also durch Ersitzung Eigenthümer." Darauf entgegnet der Beklagte: „Du bist nicht Eigenthümer; nicht dir hat B. die Sache 1890 verkauft und tradirt, sondern mir." Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es sich hier lediglich um ein Leugnen des Klaggrundes handelt; der Beklagte sagt: „Ich leugne die Thatsachen, welche dein Eigenthum begründen sollen, und erbiete mich zum Gegenbeweise von Thatsachen, welche darlegen, daß ich Eigenthümer geworden bin." Wesentlich anders liegt die Sache, wenn der Beklagte sagte: „Ich bestreite des Klägers Eigenthum; Kläger hat mir im Jahre 1893 die Sache X. verkauft und überliefert, folglich bin ich jetzt deren Eigenthümer." Wir erkennen sofort, welcher Unterschied zwischen dem ersten und dem zweiten Beispiele besteht. Im zweiten Falle giebt der Beklagte sämmtliche Klagthatsachen zu: im Jahre 1890 ist der Kläger Eigenthümer geworden, und da für die

Klage auf den Zins des ersten Miethjahres ist es völlig gleichgültig, ob der Miethvertrag auf 10 Jahr oder ob er unbefristet abgeschlossen wurde; Niemand kann auf den Gedanken verfallen, Kläger habe irgend etwas zu beweisen; das Vorbringen des Beklagten ist als unerheblich zu verwerfen.

Fortdauer des Eigenthums eine Vermuthung streitet, ebenso wie für die Fortdauer einer entstandenen Obligation, so ist die Klage begründet. Tritt nun der Beklagte mit der Behauptung auf: „ich habe späterhin von dir das Eigenthum erworben," so macht er eine wahre exceptio dominii geltend, nämlich eine Thatsache, welche dem bisherigen unstreitigen Eigenthume des Klägers sein Ende bereitet. Ebenso liegt es mit der Befristung: sie kommt in der Theorie häufig vor unter dem Namen eines pactum de non petendo, eines Vertrages, der dahin geht, daß noch nicht gefordert werden soll. Es giebt eine solche exceptio pacti. Ist aber die Befristung alsbald bei Entstehung der Forderung vereinbart, dann macht der Beklagte, der sich auf die Befristung beruft, nicht ein pactum de non petendo geltend; er erhebt keine Einrede, sondern er leugnet den klagbegründenden Vertrag. Wenn hingegen der Beklagte behauptet: „wir haben, nachdem der Vertrag im Jahre 1890 geschlossen, im Jahre 1893 verabredet, daß ich noch ein Jahr Frist haben sollte", dann macht der Beklagte eine wahre exceptio pacti de non petendo geltend; er schlägt, gerade wie im Falle der wahren exceptio dominii, das von ihm zugegebene und zeitweilig den Klaganspruch voll wirksam begründende Recht seines Gegners durch ein eignes nachträglich entstandenes exzeptivisches Recht aus dem Felde.

Das war es, was ich Ihnen noch als allgemeinen Rückblick zu den behandelten fünf Fällen vorführen wollte. Die jedesmalige Entscheidung ergab sich uns aus den Regeln der Logik und aus unserem Rechtsgefühle. Nirgends haben wir nöthig gehabt, in den Gesetzbüchern uns Raths zu erholen. Dagegen haben wir gesehen, daß die, welche versuchten, aus den Gesetzbüchern sich zu belehren — im Falle Knod gegen Brede über den Begriff des Kaufvertrags,[1]) im Falle Klei gegen Boos über die Pflicht, bedungene Eigenschaften eines bestellten Werkes zu gewähren[2]) — nur zu leicht auf ablenkende Fährten geriethen.

Nun noch Einiges über den Sachverständigenbeweis, da dieser uns in unserm Rechtsfalle IIIa entgegengetreten ist, ohne daß Sie bisher dazu die nöthige Erläuterung erhalten haben.[3]) Der Sachverständige war hier herbeigeholt, um festzustellen, ob der neue Mantel

---

[1]) Siehe oben S. 60. 110. — [2]) Siehe oben S. 171.

[3]) Siehe oben S. 165. 166.

17 cm länger sei, als der alte, und ob die Zuthaten gute seien. Der Sachverständigenbeweis ist ein ganz eigner Beweis; er steht in Parallele zu dem Augenscheinsbeweis insofern, als beide dem Richter eine Hilfe für sein Urtheil bringen wollen. Deshalb heißen auch die Sachverständigen die Gehilfen des Richters. Zeugen sind nie solche Gehilfen; sie sind nur dazu da, um die Wahrheit von Thatsachen festzustellen, für deren Erkenntniß kein besonderer Sachverstand erforderlich ist. Die Sachverständigen, wie der Augenschein, unterstützen das Urtheil des Richters; weil der Richter in irgend einem Punkte sich selbst nicht für befähigt hält zu urtheilen, werden Sachverständige herangezogen; sie sind eine subjektive Hülfe des Richters, wie die Augenscheinseinnahme eine objektive ist. Beide stehen unter anderen Grundsätzen als die sonstigen Beweismittel. Das ist in der C.P.O. noch mehr zum Ausdruck gebracht und konsequenter durchgeführt als in den früheren Prozeßgesetzen. Zunächst sagt die C.P.O.: „Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen." (§ 135). Es ist also nicht an die Anträge der Parteien gebunden, wie bei der Erhebung sonstiger Beweise; wenn es das Bedürfniß fühlt, einen Sachverständigen zu hören oder einen Augenschein einzunehmen, so schreitet es ein, ohne den Parteiantrag abzuwarten. Ferner: „Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Gericht" (§ 369). Anders bei den Zeugen. Das Gericht „kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken; es kann an Stelle der zuerst ernannten andere benennen" (daselbst). Wiederum anders als bei den Zeugen. „Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden; einigen sich die Parteien über bestimmte Personen, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben". Das Letztere ist die einzige den Richter an die Disposition der Parteien bindende Bestimmung. „Das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken" (daselbst). „Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte" (§ 368).[1]) Die Parteien haben also nur die Punkte anzugeben, über die sie einen Sachverständigenbeweis erforderlich halten, dann hat der Richter zu beschließen. In vielen

[1]) v. Wilmowski und Levy, Civilprozeßordnung, zu § 368 Note 1.

Fällen ist der Richter selbst Sachverständiger. Es ist gut, wenn der Richter es ist und sich nicht auf Andere zu berufen braucht. Nur zu oft ist in der Praxis der Richter geneigt, da, wo er nur ein wenig selbst zu überlegen oder wo er sich nur ein wenig umzuschauen braucht, zur Herbeiziehung von Sachverständigen seine Zuflucht zu nehmen. Auch in unserem letzteren Fall, wo es sich darum handelte, ob der gelieferte Mantel 17 cm länger sei, als der alte, wäre ein Sachverständiger keineswegs nöthig gewesen; der Mantel war vorgelegt, sonst hätte ja der sachverständige Schneidermeister nicht über ihn befragt werden können; wenn der Kläger ein Metermaß mitgebracht hätte, konnte ohne alle Schwierigkeit auf dem Gericht der Mantel gemessen werden und zwar ohne jeden Sachverständigen.

Von den Zeugen und von den Sachverständigen sind wesentlich die „sachverständigen Zeugen" zu unterscheiden, d. h. diejenigen Personen, die im Prozesse ein sachverständiges Urtheil abgeben sollen auf Grundlage eines von ihnen zu bezeugenden Thatumstandes. Dahin gehörte im Prozesse Knod gegen Brede der Hutmacher, welcher über die Angemessenheit des Preises eines nicht vor Gericht vorgelegten, aber ihm bekannten Hutes benannt war.[1]) Ein sachverständiges Urtheil über den Preis hätte er nicht abgeben können, wenn er diesem Urtheil nicht seine Wissenschaft über die Beschaffenheit des Hutes hätte zu Grunde zu legen vermocht. In der letzteren Beziehung tritt er als Zeuge auf. Das ist von großer Bedeutung; denn ein sachverständiger Zeuge steht nicht unter den Regeln des Sachverständigen-, sondern unter denen des Zeugenbeweises (C.P.O. § 379); auf seiner Zeugeneigenschaft ruht der Schwerpunkt; sie ist seine Haupteigenschaft.

Aehnlich wie mit der ungerechtfertigten Heranziehung von Sachverständigen geht es häufig mit der ungerechtfertigten Auflage von Schiedseiden. Wenn mancher Richter es liebt, aus Bequemlichkeit Sachverständige zu Hülfe zu rufen, wo er selbst urtheilen könnte, so liebt es auch mancher, Dinge, die er selbst kraft seines Richteramtes entscheiden sollte, weil sie der juristischen Beurtheilung anheimfallen, auf den Eid der Parteien zu stellen und von sich abzuwälzen. Das ist sehr bedenklich und führt leicht zu Meineiden. Man unterstelle: der Kläger klagt aus einer Bürgschaft, der Beklagte leugnet, sich

[1]) Siehe oben S. 58.

verbürgt zu haben. Ueber die angebliche Verbürgung wird Zeugenbeweis erhoben. Der eine Zeuge bekundet: „Der Beklagte hat, wenn ich mich nicht irre, gesagt, er sei gut für die Forderung des Klägers." Der andere Zeuge bekundet: „Der Beklagte hat zum Kläger gesagt: Sie werden an diesem ihrem Schuldner nichts verlieren, wenn Sie ihm borgen." Was thut der Richter? Er würdigt die Zeugenaussagen und findet, weder die eine, noch die andere genügt ihm; es kommt seiner Meinung nach auf den Schiedseid an; dem Beklagten wird deshalb der Eid auferlegt, daß er sich „nicht verbürgt habe."

Meine Herren, das sind die Eide, die von den Parteien immer geschworen und niemals verweigert werden[1]), sie bedeuten ungefähr dasselbe, als ob man eine Partei schwören lassen wollte: sie habe Recht, oder ihr Gegner habe Unrecht. Statt einen solchen Eid aufzuerlegen, mußte der Richter durch das Fragerecht den Kläger veranlassen, er möge sich erklären, welche Thatsachen er behaupten wolle, um die „Verbürgung", auf die er seine Klage stützte, zu substanziiren. Der Kläger hatte nunmehr anzugeben, durch welche Erklärung sich der Beklagte verbürgt habe. Dann war es Sache des Richters, darüber zu befinden, ob eine Verbürgung dargelegt sei oder nicht. Hätte der Kläger dieselben Thatsachen behauptet, welche der eine oder der andere der obigen Zeugen bekundete, so mußte der Richter die rechtliche Bedeutung dieser Thatsachen prüfen, und die seiner Meinung nach eine Bürgschaft enthaltende Thatsache zu Beweis verstellen. Verfehlt war es aber, den Eid für den Beklagten dahin zu fassen, daß er sich „nicht verbürgt habe". Darüber, ob er sich verbürgt hat, steht dem Beklagten kein Urtheil zu. Einen solchen Rechtsbegriff auf den Eid der Partei zu stellen, führt zu großen Uebelständen.

---

Nun sollen die Sätze folgen, die wir aus der Besprechung des Falles Klei gegen Boos (Druckblatt IIIa) ableiten; sie werden einfacher Art sein.

1. Ein unter Angabe bestimmter, an sich möglicherweise unwesentlich erscheinender Eigenschaften bestelltes Werk braucht nur abgenommen zu werden, wenn es jenen bestimmten Eigenschaften entspricht[2]).

---

[1]) Siehe oben S. 173.

[2]) Zu vergl. A.L.R. Thl. I. Tit. 5 §§ 319, 325; Thl. I. Tit. 11 §§ 951, 953, 947.

2. Zur Zahlung des Preises für ein zu lieferndes Werk oder für eine zu liefernde Waare kann, wenn nicht Vorauszahlung bedungen ist, nur „gegen Lieferung" des Werkes oder der Waare verurtheilt werden.

Diese Verurtheilung zur Gegenleistung ist in das Urtheil mitaufzunehmen, selbst wenn der Kläger die einfache Verurtheilung beantragt und der Beklagte keine Einwendung dagegen erhoben hat.

3. Die Beweislast, wie ein geliefertes Werk bestellt — also auch, daß nicht mit der vom Besteller behaupteten besonderen Vereinbarung bestellt ist — trifft den Lieferanten.

4. Die Beweislast, daß das bestellte — noch nicht abgenommene — Werk der Bestellung entspricht, trifft ebenfalls den Lieferanten.

5. Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt (unter Berücksichtigung einer etwaigen Einigung der Parteien über bestimmte Personen) durch das Prozeßgericht; dasselbe kann sich (wenn eine solche Einigung nicht vorliegt) auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Das Gericht kann die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Die Partei hat die Punkte aufzustellen und als solche zu bezeichnen, welche durch Sachverständige zu bestätigen sind.

6. Ist der Gegenbeweis (daß anders, als Kläger behauptet, bestellt sei) durch Zeugen geführt, so kann über den Hauptbeweis nicht mehr der Eid in Frage kommen.

---

Wenden wir uns jetzt zum Druckblatte b in Sachen Klei gegen Boos.[1]) Sie haben aus dem Blatte a entnommen, daß Frau Boos zur Abnahme des Mantels verpflichtet erklärt ist, weil darauf nichts ankomme, ob der Mantel ein wenig zu kurz gerathen sei; sie soll deshalb 90 Mk. zahlen, 4 Mk. Kosten tragen und dagegen den Mantel ausgehändigt erhalten. Wir hatten gefunden, daß das Erkenntniß an einem Rechtsfehler leidet, weil, wenn der Mantel auch nur um ein kleines Stück kürzer ist, als er bestellt war, Frau Boos ihn nicht zu nehmen braucht; es hätte also die Klage zurückgewiesen werden müssen. Die natürliche Folge des Urtheils Blatt a wäre im älteren Prozeß gewesen, entweder daß die Sache mit dem Urtheile a ihre Endschaft erreicht hätte (wenn nämlich wegen des geringen

---

[1]) Siehe hierzu das Beilageheft S. 7.

Werthes des Prozeßgegenstandes ein Beschreiten der zweiten Instanz ausgeschlossen erschien), oder daß Frau Boos an die zweite Instanz ging, und daß dort unter Aufhebung des Erkenntnisses erster Instanz die Klage zurückgewiesen worden wäre. Dann hätte also der Kläger seinen Mantel und Frau Boos ihre 90 Mk. behalten. Eine Neuerung unserer C.P.O. ändert an diesem Prozeßgang etwas Wesentliches; das ist die Neuerung der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Erkenntnisse — im Allgemeinen eine große Wohlthat, im Einzelfalle (und so in unserm Falle) der Anlaß zu vielen Weiterungen und Verwicklungen.

Die C.P.O. ging von dem Gedanken aus: Im kleinen Verkehr, d. h. bei Sachen unter 300 Mk., soll immer vorläufige Vollstreckbarkeit der Erkenntnisse verlangt werden können [1]), weil es wünschenswerth ist, den Kläger nicht so lange warten zu lassen bis alle Instanzen durchlaufen sind, ehe er sein Geld in die Hand bekommt, und weil es zweckmäßig erscheint, die Möglichkeit einzuschränken, den Prozeß durch Einlegung der Berufung in die Länge zu ziehen, lediglich um Zahlungsfrist zu gewinnen. Die siegreiche Partei soll deshalb in derartigen geringwerthigen Sachen befugt sein, obwohl noch nicht unabänderbar feststeht, daß sie siegreich bleibt, die Streitsumme vom Beklagten eintreiben zu lassen. Es sind allerdings gewisse Kautelen gegeben; wenn der Kläger zahlungsunfähig ist, so wäre ja die vorläufige Vollstreckung ein Unrecht; der Beklagte müßte, vorbehaltlich des Rückempfangs, Zahlung leisten, soll aber der Kläger später zurückzahlen, so wäre er dazu außer Stande. Das Gericht kann deshalb auf Antrag Sicherheitsleistung des Klägers verlangen, unter Umständen kann auch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung Seitens des Schuldners abgewendet werden (C.P.O. § 652).

Hier bei unserem Mantelfall ist das ganze Unheil, das sich vor uns entwickeln wird (die Häufung so vieler sich widersprechender Erkenntnisse), allein durch die vorläufige Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses a entstanden. Sie erhalten ein Trauerspiel in fünf Akten vorgeführt und noch obendrein ein Nachspiel. Immer werden Mantel und Geld hin und her geschoben. Um die jeweilige Sachlage aus den Erkenntnissen überhaupt nur zu verstehen, drängt sich

[1]) C.P.O. § 649 Nr. 4.

fortwährend die Frage in den Vordergrund: wo ist jetzt der Mantel? Die Verfasser der eingelieferten Arbeiten haben das auch durchgefühlt, es ist aber nicht immer gelungen, die Frage, wo der Mantel sei, richtig zu beantworten.

Verurtheilt war die Frau Boos, gegen Lieferung des Mantels 90 Mk. zu zahlen. Da sie hierauf gepfändet ist, so liegt nahe anzunehmen, daß sie den Mantel für das ihr abgepfändete Geld überliefert erhalten hat. Aus dem Urtheil c, das unser Studiosus des vierten Semesters treffend charakterisirte,[1]) geht auch, so undeutlich es sonst sein mag, mit Bestimmtheit hervor, daß der Mantel der Frau Boos eingehändigt sein muß; denn im Urtheile ist gesagt, daß die 94 Mk. gegen Lieferung des Mantels zurück zu zahlen seien. Also auf das Urtheil a erfolgte die Pfändung so, daß der Mantel der Frau Boos ausgehändigt worden ist.

Frau Boos hat sich bei dem Erkenntnisse, das ihr ebensowenig gefällt als Ihnen, natürlich nicht beruhigen wollen; sie hat Berufung eingelegt mit der Bitte, den Kläger abzuweisen und ihn zu verurtheilen, an sie die 94 Mk. zurückzuzahlen. Dieser Berufungsantrag ist nicht ganz korrekt gefaßt; sehr schön hat der Anwalt der Frau Boos seine Aufgabe nicht gelöst; denn er mußte dem Schneider gegen die Zurückzahlung der 94 Mk. die Rückgabe des Mantels anbieten. Das ist nicht geschehen; aber wir haben gelegentlich der Besprechung des Urtheils a gelernt, daß in Prozessen aus zweiseitigen Verträgen eine solche in den Parteianträgen übersehene Gegenleistung von Amtswegen in das gerichtliche Urtheil hineingesetzt werden kann und muß.[2]) Auf Grund ihrer Berufung erreicht daher Frau Boos:

1. daß die Klage ihres Gegners zurückgewiesen wird, und:

2. daß die Folgen der Verurtheilung erster Instanz wieder rückgängig gemacht werden, d. h. daß sie ihre 94 Mk. und daß der Schneider den Mantel zurückerhält.

Diese natürliche Konsequenz der Beseitigung eines vorläufig vollstreckten Urtheils zieht die C.P.O. ausdrücklich in § 655 Abs. 2:

„Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen.“

---

[1]) Siehe oben S. 159. — [2]) Siehe oben S. 103. 184.

Es ist danach selbstverständlich, aber immerhin eigenthümlich, daß in solchem Falle die Rollen der Parteien wechseln und ein Beklagter den Antrag auf Verurtheilung des Klägers zur Zahlung stellt. Das hat Frau Boos gethan und zugleich damit den Antrag auf Klagabweisung verbunden. Für den Richter zweiter Instanz gewinnt nunmehr die Frage Bedeutung: Wie ist die Bestellung erfolgt? Der Richter erster Instanz konnte darüber hinweg gehen; er konnte dahin gestellt sein lassen, ob der Mantel 17 cm länger sein sollte oder nicht; denn dieser Richter argumentirte: „der Sachverständige hat bewiesen, daß der neue Mantel beinahe 17 cm länger als der alte ist, folglich hat Frau Boos erhalten, was sie verlangen kann, wenn es wahr ist, daß die Bestellung so, wie sie sagt, erfolgt ist. Darüber, ob so die Bestellung gelautet hat, braucht kein Beweis mehr erhoben zu werden." Zu diesem Punkte ist also der in erster Instanz angetretene Beweis nicht erschöpft. Der Richter zweiter Instanz aber sieht ein, daß die Klage hätte abgewiesen werden müssen, wenn der Mantel nicht genau der Bestellung entspricht. Deshalb wird es für den Richter zweiter Instanz unerläßlich, den Beweis darüber nachzuholen, wie die Bestellung gelautet hat.

Diese Beweisfrage muß nunmehr erörtert werden. Deswegen vernimmt der Berufungsrichter korrekter Weise die vorgeschlagene Gegenbeweiszeugin, die Tochter der Beklagten. Eine Tochter kann ihr Zeugniß verweigern, sie kann es aber auch ablegen. Wenn sie Zeugniß ablegt, ist der Richter befugt, ihr den Eid nachträglich abzunehmen.[1]) Das ist vorliegend geschehen. Die beeidigte Tochter sagt, der Mantel habe 17 cm länger werden sollen als der alte. Sie sagt weiter, der alte Mantel sei nicht wie der neue unten mit Borte eingefaßt gewesen. Damit bekundet sie eine bisher im Prozesse noch nicht zur Sprache gekommene neue Thatsache. Was hat der Berufungsrichter mit dieser neuen Thatsache anzufangen? Das Erkenntniß giebt darauf keine deutliche Antwort. Wir haben die Frage schon früher einmal berührt.[2]) Vermöge der Verhandlungsmaxime sind die Parteibehauptungen das Maßgebende. Wenn Zeugen etwas bekunden, was die Parteien nicht vorgebracht haben, geht es regelmäßig den Richter nichts an. Den Umstand, daß der neue Mantel

---

[1]) C.P.O. § 348 Nr. 3; § 358 Nr. 3 und Schlußsatz.

[2]) Siehe oben S. 71.

im Gegensatz zum alten mit Borten besetzt sei, hat darum der Richter nur zu berücksichtigen, wenn etwa nachträglich die Partei auf Grund der Zeugenaussage jene Thatsache aufgreift und sagt: „ich will noch behaupten, daß der neue Mantel dem älteren Mustermantel auch insofern nicht entsprach, als er unten Borten hatte, die beim alten Mantel fehlten". Es genügt aber vorliegend schon, daß die Tochter gesagt hat, der neue Mantel sollte 17 cm länger sein als der alte. Damit ist der von der Beklagten unternommene Gegenbeweis erbracht; ihre Angaben haben sich bewahrheitet; es kommt auf den ihr zugeschobenen Eid nicht weiter an.

Der Fehler, die das Erkenntniß zweiter Instanz (Druckblatt b) gemacht hat[1]), sind aber mancherlei:

1. Es hat die Bitte der Berufungsklägerin nicht erschöpft. Auf die zwei Bitten: den Kläger mit seiner Klage abzuweisen und ihn zur Rückzahlung der 94 Mk. zu verurtheilen, ist durch lediglich Abweisung der Klage nur eine Antwort gegeben. Das ist ein schwerer Fehler; jedes Erkenntniß muß die umfassende Antwort auf die Fragen sein, die in den Anträgen der Partei liegen. Das Erkenntniß ist also unvollständig. In früheren Zeiten galt die Regel: was der Richter nicht in sein Urtheil aufnimmt, gilt als aberkannt. Das würde für unsern Fall heißen: die auf Rückzahlung der 94 Mk. gerichtete Bitte gilt als verworfen; dann hätte möglicherweise an die dritte Instanz ein Rechtsmittel eingelegt werden können. Unsere C.P.O. stellt sich auf einen anderen natürlicheren Standpunkt; sie sagt: unerledigt gelassene Parteianträge gelten nicht als aberkannt, sondern als übersehen; die Partei hat das Recht, eine Ergänzung zu verlangen und zwar binnen einer Woche[2]). Was geschieht aber, wenn die Frist verstreicht, ohne daß Frau Boos die Ergänzung beantragt? Auch dann ist nicht ihr Anspruch verloren; aber sie kann nicht mehr Ergänzung des Urtheils beantragen, sondern sie muß nun eine neue Klage erheben, in welcher sie sagt: „Auf Grund eines irrigen, nachträglich aufgehobenen Erkenntnisses bin ich durch vorläufige Vollstreckung angehalten worden, 94 Mk. zu zahlen und einen Mantel abzunehmen; das Berufungsgericht hat nachträglich erkannt, daß die Klage abgewiesen wird; die Folge ist, daß ich nunmehr gegen den Kläger einen Anspruch habe auf Rückzahlung der 94 Mk. gegen

[1]) Siehe Beilageheft S. 7. — [2]) C.P.O. § 292.

Rückgabe des Mantels." Das wäre ein weiterer selbständiger Prozeß, der Kosten verursacht, während das Ergänzungsurtheil billiger ist.[1]) Unsere Berufungsklägerin that also besser, ein Ergänzungsurtheil zu beantragen, wie Sie es im Druckblatte c vor sich haben.

2. Das Urtheil b hat weiter übersehen, daß die Beklagte, und nicht mehr der Kläger, den Mantel besitzt; denn der Schlußsatz besagt, die Beklagte „brauche den Mantel nicht abzunehmen; sie könne die Annahme verweigern." Dabei ist unbeachtet gelassen, daß der Beklagten der Mantel vom Gerichtsvollzieher gegen Zahlung der 94 Mk. ausgehändigt war.

3. Das Gericht zweiter Instanz hat unerwogen gelassen, wen die Beweislast bezüglich der Bestellung trifft. Hätte es dies erwogen, dann würde es erkannt haben, daß der Kläger die Art der Bestellung zu beweisen, also darüber Beweis anzutreten hat; es würde deshalb, da dieser Beweisantritt laut des Thatbestandes nicht erfolgt zu sein scheint, weiter den Kläger aufgefordert haben, Beweis anzutreten; hätte der Kläger den Beweisantritt unterlassen, so wäre er, ohne daß es zur Zeugenvernehmung kam, wegen mangelnden Beweisantrittes abzuweisen gewesen.

4. Es ist — entgegen der Vorschrift des § 324 Nr. 3 der C.P.O. — in dem Erkenntnisse nicht gesagt, wer die Zeugin benannt hat, und worüber sie vernommen werden soll;[2]) das ist vorliegend besonders wichtig, da die Zeugin noch andere Thatsachen bekundet hat, als bisher im Prozeß zur Sprache gekommen sind.

5. Endlich erregen die Entscheidungsgründe Anstoß, weil sie unmotivirt mit der Würdigung des Zeugenbeweises beginnen.

Das Urtheil selbst aber ist in seinem Endausspruche insofern werthlos, als es sich auf die Abweisung der Klage beschränkt. Was ist der Frau Boos damit geholfen, daß die Klage Klei's zurückgewiesen wird, nachdem Frau Boos 94 Mk. gezahlt und den gegen ihre Bestellung angefertigten Mantel durch den Gerichtsvollzieher zugeführt erhalten hat? Dies Urtheil steht für Frau Boos in der Luft.

Soll es verbessert werden, so wäre die Urtheilsformel dahin zu fassen:

„Das Urtheil des Königlichen Amtsgerichts zu E. vom 14. April 1884 wird aufgehoben,

---

[1]) Darüber siehe unten S. 199. — [2]) Vergl. oben S. 80.

Kläger wird mit seiner Klage kostenpflichtig abgewiesen und verurtheilt, der Klägerin gegen Rückempfang des ihr gelieferten Mantels 94 Mk. 60 Pfg. zurückzuzahlen."

Der Thatbestand könnte in seinen ersten beiden Absätzen bleiben, wie er im Druckblatte b[1]) lautet. Dann aber wäre statt der ersten beiden Zeilen des dritten Absatzes zu sagen:

„In der Berufungsinstanz hat der Kläger über die von ihm behauptete Art der Bestellung des streitigen Mantels Beweis durch Eideszuschiebung angetreten. Diesen Eid hat die Beklagte angenommen, ihrerseits sich aber auf das Zeugniß ihrer Tochter zum Gegenbeweise über die von ihr in erster Instanz behauptete Art der Bestellung des Mantels und ferner darüber berufen, daß der als Muster vorgelegte alte Mantel nicht, wie der neue, unten mit Borten eingefaßt, auch daß unten der Stoff nicht, wie bestellt, zwei Finger breit umgelegt war. Diese Zeugin bekundet" (folgt der dritte Absatz des Thatbestandes in b von der dritten Zeile ab).

Die Entscheidungsgründe aber wären etwa so umzugestalten:

„Mit Recht erachtet sich die Beklagte durch das angefochtene Urtheil beschwert. Gleich dem Käufer einer Sache braucht auch der Besteller eines Werkes das bestellte Werk nicht abzunehmen, sofern demselben ausdrücklich vorbedungene, wenn auch an sich außerwesentliche Eigenschaften fehlen (§§ 319, 325, 326 A.L.R. 1, 5; §§ 947, 953 A.L.R. 1, 11). Zu beweisen, wie die Bestellung gelautet und daß ihr der angefertigte Mantel entsprochen hat, war beim Leugnen der Beklagten Sache des Klägers. Die von der Beklagten benannte in erster Instanz vernommene Gegenbeweiszeugin, das Dienstmädchen E., hat nichts zur Sache Dienliches bekundet, da sie bei Abschluß des zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vertrages im Zimmer nicht zugegen war und nur der Vorverhandlung beigewohnt hat. Die weiter als Gegenbeweiszeugin in dieser Instanz eidlich vernommene Tochter der Beklagten hat die von der letztern in voriger Instanz behauptete, in dieser Instanz noch durch neue Thatsachen ergänzte Art der Bestellung bestätigt. Es erscheint daher der Gegenbeweis der Beklagten erbracht, so daß nach Maßgabe des § 411 der C.P.O. der klägerischerseits zur Führung des Hauptbeweises zugeschobene Schiedseid entfällt. Der dem Kläger weiter obliegende

[1]) Siehe Beilageheft S. 7.

Beweis, daß der gelieferte Mantel die dargethaner Maßen ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften besitze, ist mißlungen, da der in erster Instanz vernommene Sachverständige bekundet hat, daß der Mantel nicht die bestellte Länge habe, und da die in dieser Instanz eidlich vernommene Zeugin bekundet hat, daß der Mantel gegen die Bestellung unten mit Borten eingefaßt sei.

Hiernach war die Klage als unbegründet zurückzuweisen. Zugleich war aber dem Antrage der Beklagten gemäß dem Kläger die Zurückzahlung der der Beklagten abgepfändeten 94 Mk. 60 Pfg. aufzugeben — und zwar, obwohl Beklagte sich nicht dazu erboten und Kläger einen entsprechenden Antrag nicht gestellt hat — gegen Rückempfang des streitigen Mantels".

Vier über den Fall gelieferte Arbeiten habe ich durchgesehen, zwei von Studirenden, zwei von Referendaren. Einer der Bearbeiter befindet sich im ersten Studiensemester. Es geht aus seiner Arbeit hervor, daß er unseren Erörterungen sorgsam gefolgt ist und die Hauptpunkte richtig aufgefaßt hat; er hat auch ein vollständig richtiges Urtheil gefällt. Zwei Mißverständnisse sind jedoch untergelaufen, woran ich vielleicht zum Theil mit schuld bin. Der Verfasser kommt zu dem Resultate, da wir jetzt in der zweiten Instanz zu urtheilen hätten und hier die ursprüngliche Beklagte zur Klägerin geworden sei, so träfe sie nunmehr die Beweislast. Das würde eine große Ungerechtigkeit mit sich führen. Es wäre dann ein unheilbares Mißgeschick für Frau Boos, daß sie in erster Instanz einen fehlgreifenden Richter getroffen hätte; sie käme dadurch aus ihrer günstigen Position als Beklagte heraus und würde nun in zweiter Instanz beweispflichtig. Das kann das Gesetz nicht wollen. Der Prozeß befindet sich, was die Beweislast angeht, als zweitinstanzlicher in derselben Lage, wie als erstinstanzlicher. Für die Ergänzung der dem Kläger obliegenden Beweise in zweiter Instanz blieb der Kläger natürlich der beweispflichtige Theil. Sodann tadelt die Arbeit den Thatbestand des Urtheils b insofern, als sie rügt, in dem unstreitigen Sachstande hätten die Zeugenaussagen aufgenommen werden müssen; denn die Zeugenaussagen gehörten zum Sachstand und nicht zum Streitstand. Diese Auffassung habe ich selbst möglicherweise dadurch veranlaßt, daß ich mich bisher noch nicht bestimmt genug darüber ausgesprochen habe, an welche Stelle des Urtheils die Beweisaufnahme gehört. Als ich neulich einen verbesserten Thatbestand zum Urtheil a vor-

las,[1]) habe ich die Beweisverhandlung nicht aufgenommen, weil ich nur den besonders mißrathenen Theil des gerichtlichen Thatbestandes — und das war der bis zur Beweisverhandlung — verbessern wollte. Das richtige Verfahren ist folgendes: Erst sind die unstreitigen Behauptungen zu gruppiren, das ist der Sachstand. Dann folgt der Streitstand, die streitigen Behauptungen der Parteien, und im Zusammenhang mit ihnen das Beweisverfahren (die Beweismittel und die Beweisaufnahme); das Beweisverfahren hat sich also den streitigen Thatsachen anzuschließen.

Endlich veranlaßt noch die Urtheilsformel des von einem der Herrn Referendare gelieferten Erkenntnisses zu einer Bemerkung. Diese Urtheilsformel will außer den oben[2]) für nothwendig erkannten beiden Sätzen noch den Satz aufnehmen, daß die Beklagte mit ihrem weitergehenden Antrage abzuweisen sei.

Das beruht auf dem richtigen Gedanken, der Antrag der Beklagten enthalte eine Zuvielforderung, soweit er die Verurtheilung des Klägers zur Rückzahlung der 94 Mk. unbekümmert um die Rückgabe des Mantels verlange; mit dieser Zuvielforderung müsse die Beklagte abgewiesen werden. Man könnte allerdings so verfahren. Gewiß liegt in dem Antrage, den Kläger ohne Weiteres zur Rückzahlung der 94 Mk. zu verurtheilen, eine Zuvielforderung. Wird aber vom Gericht, wie oben geschehen ist, diese Verurtheilung dahin beschränkt, daß nur gegen Rückgabe des Mantels die 94 Mk. zu zahlen sind, dann nimmt die Praxis — und wohl mit Recht — durch diese Art der eingeschränkten Verurtheilung als genügend ausgesprochen an, daß die Partei mit dem weitergehenden Antrag bereits zurückgewiesen ist. Einer besonderen ausdrücklichen Zurückweisung bedarf es nicht.

---

[1]) Siehe oben S. 169. — [2]) Siehe S. 186.

# 9.

Im Laufe unseres Mantelprozesses waren wir bis zum Erkenntniß c fortgeschritten[1]). Ich sagte, daß in diesem gesammten Mantelprozeß die vorläufige Vollstreckbarkeit eine ganz hervorragende Rolle spielt. In Beziehung auf diese vorläufige Vollstreckbarkeit ist eine Arbeit eingegangen, welche die Frage behandelt, ob denn bei bedingten Endurtheilen, also bei Eidesurtheilen, eine vorläufige Vollstreckbarkeit auszusprechen sei, und ich will deshalb, da wir auch im Verlaufe unserer heutigen Erörterung manches noch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hören werden, einige allgemeine Bemerkungen in dieser Beziehung voranschicken.

Unter den Pflichten, die ich in einer fortlaufenden Reihe als den Parteien von der Prozeßgesetzgebung aufgelegt hinstellte, nannte ich zuletzt die Leistungspflicht und fügte hinzu: wird dieser Pflicht nicht genügt, so folgt der Zwang, die Zwangsvollstreckung[2]). Daraus ergiebt sich zunächst als Regel, daß eine Zwangsvollstreckung nur dann in Aussicht steht, wenn die betreffende Partei zu einer Leistung verurtheilt ist. Es giebt eine ganze Reihe von Erkenntnissen, die nicht auf eine Leistung der Parteien gehen: es wird die Legitimität oder Illegitimität eines Kindes ausgesprochen, oder es wird ausgesprochen, daß A. Erbe des B. sei, es wird eine Ehe geschieden, es wird in einem Feststellungsprozesse gemäß § 231 C.P.O. die Echtheit einer Urkunde, das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt. Alle solche Erkenntnisse verurtheilen nicht zu einer Leistung, sie bedürfen also nicht eines Zwanges zu ihrer Vollstreckung, sie tragen die Vollstreckung in sich, sie vollstrecken sich selbst; in dem Moment, in welchem das Erkenntniß feststehendes Recht zwischen den Parteien geworden, d. h. dann, wenn es rechtskräftig, wenn es nicht mehr ein schwebendes Erkenntniß ist, vollzieht es sich auch. Diese

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 8. 9. — [2]) Siehe oben S. 42.

Erkenntnisse lassen wir bei Seite; denn wir haben es in unserm Falle mit einem Erkenntnisse zu thun, das eine Leistung zum Gegenstand hat: Frau Boos soll zahlen.

Aber auch diejenigen Erkenntnisse, welche zu einer Leistung verurtheilen, führen keineswegs sämmtlich zur Zwangsvollstreckung. Es wäre traurig, wenn sie dazu führen müßten. Bei weitem die meisten werden nicht im Zwangswege, sondern im freiwilligen Wege vollstreckt: wer verurtheilt ist, 90 Mk. zu zahlen, wird, wenn er die 90 Mk. zahlen kann, meist gutwillig zahlen. Der Zwang durch den Gerichtsvollzieher bleibt also nur für eine verhältnißmäßig kleine Anzahl von Erkenntnissen übrig; er tritt aber nur für dasjenige Erkenntniß ein, welches dem Gerichtsvollzieher übergeben wird mit dem gerichtlichen Zeugnisse, mit dem gerichtlichen Stempel oder Siegel versehen: „Dies Erkenntniß ist vollstreckbar." Einen solchen Stempel oder ein solches Siegel drückt das Gericht durch den Gerichtsschreiber, ausnahmsweise durch ein besonderes Urtheil auf.

Des Zeugnisses der Vollstreckbarkeit bedarf es in allen den Fällen nicht, in denen die Vollstreckung des Erkenntnisses von selbst mit der Rechtskraft eintritt. Rechtskräftig heißt unanfechtbar: res iudicata pro veritate habetur; die gerichtliche Entscheidung gilt unter den Parteien für Wahrheit. In der Regel sind die Erkenntnisse durch ein Rechtsmittel anfechtbar. Nur die letztinstanzlichen Erkenntnisse, also vor Allem die des Reichsgerichts, unterliegen keiner Anfechtung; sie werden rechtskräftig mit der Verkündung; ebenso werden dies die in Berufungssachen beim Landgericht ergehenden Erkenntnisse. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit decken sich also in gewissem Sinne.

Das Wort „Rechtskraft" ist eigenthümlich. Zunächst denkt man, es heiße (anschließend an den Satz, res iudicata pro veritate habetur): was in dem Erkenntniß steht, hat die Kraft eines Rechtssatzes. Schwerlich ist das die echte Bedeutung des Wortes. Mit der Rechtskraft geht ein anderer Begriff in Parallele, nämlich der der Rechtshängigkeit. Eine Partei, die verklagt wird, kann geltend machen: „Ich brauche mich in diesem Prozesse nicht verklagen zu lassen, weil derselbe Prozeß schon hängt." Ist der frühere Prozeß bereits erledigt, so kann die Partei sagen: „Ich brauche mich in diesem neuen Prozesse nicht verklagen zu lassen, weil die Sache schon zwischen uns rechtskräftig entschieden ist." Sie sehen die Parallele: in dem einen

Fall ist der frühere Prozeß noch anhängig, in dem andern bereits erledigt. Die Rechtshängigkeit hat aber offenbar nichts damit zu thun, daß die Sache „im Rechte hängt", sie hängt vielmehr „im Gerichte". Die Rechtshängigkeit ist nichts als Gerichtshängigkeit. Das Wort Recht schließt in der älteren Sprache zwei Bedeutungen in sich: einerseits Recht im objektiven oder im subjektiven Sinn, andrerseits Gericht. Der Richtsteig Landrechts ist, wie ich schon früher hervorhob,[1]) nicht ein Richtsteig des heute sog. Landrechts, sondern er ist ein Richtsteig des Landgerichts. Ebenso bedeutet rechtshängig hängig im Gerichte, im Prozesse. Nun scheint es nicht weit zu liegen, Rechtskraft ähnlich zu verstehen. Somit hieße Rechtskraft „Kraft des Gerichts", d. h. der Prozeß ist so weit gediehen, daß das Gericht als Inhaber der Justizgewalt von seiner Kraft Gebrauch machen kann, das Urtheil zwangsweis zu vollstrecken. Allerdings paßt das dann mehr für die ältere Zeit, in der das Gericht selbst durch seine Gerichtsdiener vollstreckte, als für die neuere, in der einem vom Gericht getrennten besonderen Beamten, dem Gerichtsvollzieher, die Zwangsvollstreckung überlassen ist. Ein Erkenntniß, welches alle Stadien der Rechtsmittel überschritten hat, kann aber unter Umständen doch noch angefochten und rückgängig gemacht werden, nämlich wenn sich nachträglich herausstellt, daß gröbliche Fehler in der Besetzung des Gerichts vorlagen, oder daß ein Zeuge meineidig, eine Urkunde gefälscht war und dergleichen. Dann giebt die C.P.O. eine besondere Klage, im ersteren Falle die Nichtigkeitsklage, im letztern Falle die Restitutionsklage. Die Möglichkeit, diese — an eine gewisse Frist gebundenen — Klagen noch anzustellen, hindert aber den Eintritt der Rechtskraft nicht. Ohne Rücksicht auf die Möglichkeit dieser Klagen werden die Urtheile vollstreckt. Restitutionsklage und Nichtigkeitsklage lassen wir also bei Seite, sobald wir fragen, wann das Urtheil vollstreckbar sei.

Die Rechtskraft oder die Vollstreckbarkeit eines Urtheils tritt nach Vorschrift der C.P.O. (§ 645) ein, wenn entweder kein Rechtsmittel oder auch kein Einspruch gegen das Urtheil mehr gegeben ist. Dieser Einspruch ist ein von der C.P.O. neu eingeführtes Institut; er ist kein Rechtsmittel, weil er nicht an die höhere Instanz führt, sondern wenn die Partei einen Termin versäumt hat und deshalb ver-

---

[1]) Siehe oben S. 38.

urtheilt ist, ihr die Möglichkeit eröffnet, in derselben Instanz den Prozeß noch einmal zu verhandeln. Es knüpft das an die alte früher von mir berührte[1]) Prozeßregel an, nach der die Partei stets dreimal den Termin versäumen kann, ehe sie verurtheilt wird. Gegenwärtig erfolgt zwar die Verurtheilung nach der ersten Versäumniß, aber die Partei ist befugt, nachträglich auf andern Termin zur Verhandlung der Sache anzutragen. So lange sie das kann, ist das Erkenntniß noch nicht rechtskräftig, außerdem dann nicht, wenn eines der zulässigen Rechtsmittel (Berufung oder Revision) gegen das Erkenntniß möglich ist.

Die Berufung bei kleinen Sachen unter 300 Mk., wie in unserem Falle, geht vom Amtsgericht an das Landgericht, und hier wird definitiv entschieden. Folglich tritt hier die Rechtskraft — ebenso wie bei den Reichsgerichtsurtheilen — mit der Urtheilsverkündung ein.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist eine Ausnahme von der Regel, daß erst vollstreckt werden darf, wenn die Rechtskraft eingetreten ist. Im Hintergrunde liegt immer die definitive Vollstreckbarkeit. Den letzteren Ausdruck braucht die C.P.O. nicht, sie redet nur von „Vollstreckbarkeit" im Gegensatz zur „vorläufigen Vollstreckbarkeit". Es ist also von vorn herein klar, daß vorläufig vollstreckbar nur solche Erkenntnisse sein können, die auch definitiv vollstreckbar werden können. Nun ist mir aus Ihrer Mitte die Frage gestellt: Wie verhält es sich mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit bei einem Eideserkenntniß? Ein solches Erkenntniß heißt in der C.P.O. ein „bedingtes Endurtheil." Schon aus diesem Namen ergiebt sich, daß ein Eideserkenntniß nicht vollstreckbar, auch nicht vorläufig vollstreckbar ist. Wie sollte es auch vollstreckt werden? Eine Vollstreckung bedeutet den Zwang zu einer Leistung. Zu einem Eide soll aber nie eine Partei gezwungen werden; das Eidesurtheil läßt vielmehr der Partei die Wahl zwischen Schwören und Nichtschwören. Also mit dem Herrn, der obige Frage angeregt hat, bin ich insoweit einverstanden, daß sie zweifellos zu verneinen ist. Gleichwohl sind in einzelnen der Eideserkenntnisse, die wir besprochen haben, die Worte enthalten, die von einer vorläufigen Vollstreckbarkeit reden. So heißt es z. B. in dem Eideserkenntnisse des Falles Kahle gegen Bitter (erstes Druckblatt unter II):[2])

„Schwört Kläger diesen Eid, so wird Beklagter verurtheilt dem

---

[1]) Siehe oben S. 44.

[2]) Siehe Beilageheft S. 4 Schlußzeile.

Kläger 30 Mk. zu zahlen und die Kosten dieses Prozesses zu tragen; das Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Schwört Kläger den Eid nicht, so wird er mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen."

Hier sollen die Worte: „das Urtheil wird für vollstreckbar erklärt", nicht heißen: dies Eidesurtheil kann vorläufig vollstreckt werden, sondern sie sollen heißen: wenn der Eid geschworen wird, dann soll das künftige endliche Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Es mag richtig sein, daß es wenig üblich ist, diesen Zusatz im Eidesurtheile zu machen, weil das Gericht jedes Urtheil, welches den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen ausspricht (C.P.O. § 648 Nr. 2), von selbst für vorläufig vollstreckbar zu erklären hat. Jene Worte sind also im Eidesurtheile ein Pleonasmus, aber sie sind auch nicht schädlich, zumal ja nach § 427 C.P.O. im Eidesurtheile die Folge der Leistung und Nichtleistung „so genau, als die Lage der Sache dies gestattet", festzustellen ist. Die Herren, die die Klausel dem Eidesurtheile angehängt haben, wollen auch gar nicht dieses selbst für vorläufig vollstreckbar halten.

Soviel über die vorläufige Vollstreckbarkeit.

---

In unserm Falle des Druckblattes c, den wir jetzt rekapituliren müssen, hat der Schneidermeister Klei die Frau Boos auf 90 Mk. für einen ihr zur Verfügung gestellten Mantel verklagt. Das Gericht hatte gefunden, es sei zwar der Mantel ein wenig kürzer, als er nach der Behauptung der Beklagten hätte sein sollen. Gleichwohl hatte das Gericht angenommen, der Umstand sei unwesentlich, er gebe kein Recht, den Mantel zurückzuweisen, Beklagte müßte zahlen; und das Erkenntniß wurde für vorläufig vollstreckbar erklärt (was nach Maßgabe des § 649 Nr. 4 der C.P.O. auf Antrag geboten ist, wenn das Objekt unter 300 Mk. beträgt). Dies war geschehen am 14. April 1884. So besagt das Druckblatt a.[1]) Im Mai 1884 hatte Namens des Schneidermeisters Klei der Gerichtsvollzieher der Frau Boos die 94 Mk. abgepfändet und ihr den Mantel überliefert. Frau Boos legte Berufung in demselben Monate ein; sie verlangte Klagabweisung und Rückzahlung ihrer 94 Mk., weil es nicht richtig

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 5 bis 7.

sei, was der Richter erster Instanz gesagt habe, sie müsse auch den um 1 cm kürzeren Mantel behalten. Darauf erging das Urtheil b,[1]) welches aber die Lücke hatte, daß es nur den ersten Antrag erledigte und über die Rückzahlung der 94 Mk. schwieg. Das Urtheil ist, soweit es die Klagabweisung ausspricht, nach dem oben Mitgetheilten mit der Verkündung rechtskräftig; denn es handelt sich um ein Objekt unter 300 Mk. und um ein vom Landgericht gefälltes Urtheil. Hiernächst hatte Frau Boos den Antrag gestellt, auf Grund des § 292 C.P.O. auch dem vom Gericht versehentlich übergangenen Theile ihrer Berufungsbitte Rechnung zu tragen und ein Ergänzungsurtheil zu geben. Dann ist als dies Ergänzungsurtheil das Urtheil c[2]) ergangen, und um dies Urtheil handelt es sich jetzt.

Das Ziel mußte sein: das Geld zurück an Frau Boos und den Mantel zurück an den Schneider. Sie sehen: auf dem Druckblatte c ist unten der § 292 C.P.O. abgedruckt, welcher von den Ergänzungsurtheilen handelt[3]). Daraus ergiebt sich, daß man ein solches nachträgliches Erkenntniß binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragen muß. Dieser Schriftsatz erfordert einen bestimmten Antrag. Hier wird Frau Boos den Antrag gestellt haben, den Schneider Klei, den Kläger, zur Rückzahlung der 94 Mk. zu verurtheilen.

Wie war es nun mit dem Antrage auf vorläufige Vollstreckbarkeit? Im Urtheile c steht:

„3. Dies Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt."

Es ist anzunehmen, daß Frau Boos einen hierauf gerichteten Antrag gestellt hat.

Ist dieser Theil des Urtheils c gerechtfertigt oder nicht? Sie antworten richtig: „Es ist ein Anerkenntnißurtheil und muß deshalb von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden." Aber wäre es, abgesehen davon, daß es ein Anerkenntnißurtheil ist, für vorläufig vollstreckbar zu erklären?

Das verneinen Sie ebenso richtig, weil wir es mit einem letztinstanzlichen Urtheil zu thun haben, das mit der Verkündung vollstreckbar wird.

Wie steht es nun mit dem Anerkenntnißurtheil? Die C.P.O.

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 7. 8. — [2]) Siehe Beilageheft S. 8. 9.
[3]) Siehe Beilageheft S. 9 Note *.

sagt: ein Beklagter kann den Klaganspruch als solchen anerkennen, ohne sich auf die einzelnen vom Kläger behaupteten Thatsachen zu erklären. „Anerkenntniß" steht im Gegensatz zu „Geständniß"; das Geständniß bezieht sich auf Thatsachen, das Anerkenntniß auf den Klaganspruch im Ganzen. Der § 278 der C.P.O., der vom Anerkenntnisse spricht, sagt, auf Antrag sei dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen. Ferner sagt § 648: Anerkenntnißurtheile sind von selbst für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Wie steht es aber, wenn das Anerkenntniß in zweiter Instanz erfolgt, so daß die Sache damit abgeschlossen wird? Vorliegend verlangt Frau Boos 94 Mk.; Beklagter erkennt an; die Sache schwebt beim Landgericht in zweiter Instanz. Ist das ergehende Urtheil nun gemäß § 648 der C.P.O. für vorläufig vollstreckbar zu erklären? Oder ist zu sagen: Der § 648 paßt nicht, hier gilt der allgemeine Satz: was mit der Verkündung die Rechtskraft beschreitet, ist vollstreckbar, folglich bedarf es keiner vorläufigen Vollstreckbarkeit, das Urtheil ist definitiv vollstreckbar? Sie bejahen mit Recht die letztere Frage. Also das Resultat ist: Nr. 3 im Urtheil c ist unrichtig.

Wie steht es ferner mit den Kosten? Nr. 2 des Urtheils sagt: „Diese Entscheidung erfolgt gebühren- und kostenfrei."

Es ist allerdings ein Satz des Gerichtskostengesetzes, daß, wenn Fehler gemacht sind, die Verbesserung kostenfrei erfolgt[1]). Aber kommt bei Ergänzungsurtheilen nicht ein anderer Satz in Betracht? Es sind im Urtheil eine Reihe von Paragraphen angezogen. Einzelne von Ihnen werden wohl die Paragraphen nachgesehen haben. Darunter befindet sich § 29 des Gerichtskostengesetzes. Nach diesem Paragraphen ist es, wenn ein Ergänzungsurtheil gegeben wird, so anzusehen, als handle es sich um zwei Theile des Streitgegenstandes, die als ein Gesammtbetrag der Berechnung zu Grunde zu legen sind. Daraus ergiebt sich, daß die ausgesprochene Kosten- und Gebührenfreiheit schwerlich richtig ist. Doch will ich die Herren mit dieser Kostenfrage nicht weiter behelligen.

Ein Punkt kommt noch in Betracht: Frau Boos hatte 94 Mk. zurückverlangt, ohne sich zu erbieten, den Mantel zurückzugeben. Wir haben mehrfach gesehen, daß bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen,

---

[1]) Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 (R.G.Bl. S. 141) § 6: Die Gerichte sind befugt, Gebühren, welche durch eine unrichtige Behandlung der Sache . . . . entstanden sind, niederzuschlagen.

wenn die Partei die Gegenleistung noch nicht gewährt und sie auch in der Klage nicht angeboten hat, das Gericht — sogar von Amtswegen — die Verurtheilung nur Zug um Zug mit der Gegenleistung auszusprechen hat[1]). Hier hat aber der Beklagte den Anspruch, ohne die Gegenleistung zu verlangen, anerkannt. Es ist also ein dem Anerkenntnisse gemäß abgefaßtes Urtheil zu geben. Das Anerkenntniß umfaßt indeß die Gegenleistung nicht mit. Es fragt sich also: Kann das Gericht in Fällen, in denen ein Anerkenntniß vorliegt und nur ein Anerkenntnißurtheil zu fällen ist, auch diese Gegenleistung in die Urtheilsformel einschalten? Das Gericht hat so verfahren. Kläger wird verurtheilt „gegen Herausgabe des Mantels" 94 Mk. zu zahlen, und in den Gründen heißt es, daß Kläger anerkannt und Beklagte beantragt hat, „dem Anerkenntnisse gemäß" zu verurtheilen. Das ist eine bedenkliche Sache, auch in ein Anerkenntnißurtheil die Gegenleistung hineinzuschieben. Richtiger wäre gewesen, darüber mit den Parteien zu verhandeln, so daß Beklagter nur gegen Rückgewähr des Mantels die Verpflichtung zur Rückzahlung anerkannt hätte.

Also auch das Urtheil c ist materiell mehr als nach einer Richtung mangelhaft. Daß es formell nicht sehr gelungen ist, sahen wir schon früher[2]). Der Grund, weshalb das Gericht sich in ein mystisches Dunkel gehüllt hat, liegt nahe. Ein Gericht gesteht sicher nicht gern ein, daß es etwas übergangen hat. Deshalb mag das Urtheil so gefaßt sein, daß der vorgekommene Fehler zurücktritt; von dem Uebergehen des zweiten Berufungsantrags ist gänzlich geschwiegen. Aber es sind immerhin in dem Schachtelsatz der Entscheidungsgründe diejenigen Gesetzesparagraphen angezogen, welche die Urtheilsergänzung behandeln.

In besser verständlicher, aber freilich auch weitläufigerer Fassung läßt sich das Urtheil c etwa folgendergestalt geben:

„Kläger wird verurtheilt, der Beklagten gegen Rückempfang des in der Klage bezeichneten Mantels 94,60 Mk. zu zahlen und die entstandenen Kosten zu tragen.

Thatbestand.

Durch das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil des Kgl. Amtsgerichts zu E. vom 14. April 1884 ist Beklagte verurtheilt, dem Kläger gegen Empfang des in der Klage bezeichneten Mantels

---

[1]) Siehe oben S. 103. — [2]) Siehe oben S. 159.

90 Mk. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 27. November 1883 zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreites zu tragen.

Dies Urtheil ist im Mai 1884 vorläufig dadurch vollstreckt worden, daß der Gerichtsvollzieher der Beklagten gegen Empfang von 94 Mk. 60 Pf. den fraglichen Mantel überlieferte.

Ende Mai 1884 hat Beklagte gegen das Urtheil vom 14. April 1884 hierher Berufung eingelegt mit der Bitte, den Kläger mit seiner Klage abzuweisen und ihn zu verurtheilen, an sie 94 Mk. 60 Pf. zurückzuzahlen.

Durch Urtheil dieses Gerichtes vom 18. Oktober 1884 ist der Bitte der Berufungsklägerin, soweit die Klagabweisung in Frage kam, entsprochen worden; der weiter von der Berufungsklägerin erhobene Anspruch auf Verurtheilung zur Rückzahlung der 94 Mk. 60 Pf. ist jedoch in jenem Urtheil übergangen.

Unterm 24. Oktober 1884 hat die Berufungsklägerin beantragt, das Urtheil vom 18. Oktober nachträglich dahin zu ergänzen, daß der Kläger und Berufungsbeklagte zur Rückzahlung der 94 Mk. 60 Pf. verurtheilt und daß das Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt werde.

In der heutigen mündlichen Verhandlung hat Berufungsklägerin ihren Antrag dahin erläutert, daß sie bereit sei, den streitigen Mantel zurückzugeben, und daß sie demgemäß ihre Bitte dahin umändere, den Kläger gegen Rückempfang des Mantels zur Rückzahlung der 94 Mk. 60 Pf. zu verurtheilen.

Diesen Anspruch hat Kläger anerkannt. Beklagte hat demgemäß um Anerkenntnißurtheil gebeten.

### Gründe.

Der Antrag auf Ergänzung des Urtheils vom 18. Oktober 1884 ist nach Maßgabe des § 292 der C.P.O. begründet, da dieses Urtheil die Bitte der Berufungsklägerin, den Berufungsbeklagten zur Rückzahlung der 94 Mk. 60 Pf. zu verurtheilen, übergeht. Mit Recht hat Berufungsklägerin diese Bitte in der heutigen Verhandlung dahin ermäßigt, daß sie die Rückzahlung nur gegen die Rückgabe des ihr vom Gerichtsvollzieher ausgehändigten Mantels begehrt, da ohne Rückempfang des Mantels Kläger zur Rückzahlung der 94 Mk. 60 Pf. nicht verpflichtet ist. Diese Aenderung der Bitte der Berufungsklägerin war in der gegenwärtigen Sachlage statthaft, weil die

Aenderung nur den noch nicht erledigten zum Gegenstand der heutigen Verhandlung gemachten Theil des Rechtsstreites betrifft. Nachdem Kläger den Anspruch der Beklagten anerkannt hat, war Kläger, entsprechend dem Antrage der Beklagten, dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen.

Der Antrag, das Erkenntniß für vorläufig vollstreckbar zu erklären, erscheint unbegründet; denn da das gegenwärtige Erkenntniß alsbald die Rechtskraft beschreitet, bietet es keinen Raum für eine blos vorläufige Vollstreckbarkeit.

Die entstandenen Kosten fallen dem Berufungsbeklagten zur Last."

Die Grundlage dieses Ergänzungsurtheils, der § 292 C.P.O., bedarf gerade mit Rücksicht auf unsern Fall noch einer besondern Betrachtung. Die „Verhandlung" über die Ergänzung eines Urtheils soll nur „den nicht erledigten Theil des Rechtsstreites" zum Gegenstand haben. Folglich hat auch das Ergänzungsurtheil selbst nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreites zum Gegenstand. Diese Bestimmung giebt zu dem einen oder anderen Zweifel Anlaß.

Vorliegend war der unerledigte Theil, daß der Kläger, Schneider Klei, zur Rückzahlung der empfangenen 94 Mk. verurtheilt werden sollte. Nun wollen wir einmal annehmen, Klei hätte infolge des ersten unvollständigen Erkenntnisses und infolge des Antrags auf Ergänzung, da er einsah, daß er die 94 Mk. zurückzahlen mußte, vor dem Termin die 94 Mk. gutwillig der Frau Boos eingehändigt, diese aber hätte in dem Termin von der Zahlung stillgeschwiegen, und Klei hätte nunmehr geltend gemacht: „Ich bitte, den unerledigt gebliebenen Antrag (mich zur Rückzahlung von 94 Mk. zu verurtheilen), worüber heute allein zu verhandeln ist, zurückzuweisen; denn ich habe gestern der Frau Boos die 94 Mk. eingehändigt." Was ist nun im Sinne des § 292 C.P.O. der nicht erledigte und nachträglich zu erledigende Theil des Rechtsstreits? Kann auf Grund der Nachtragsverhandlung, die „nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreites" zum Gegenstand haben soll, die neue Thatsache der nachträglich erfolgten Zahlung Berücksichtigung finden? Oder hat sich das Ergänzungsurtheil auf den Standpunkt zu stellen, von welchem aus das Haupturtheil erging? Damals hatte Klei noch nicht bezahlt. Er wäre damals also zur Zahlung der 94 Mk. zu verurtheilen gewesen. Ist das jetzt — trotz der bereits erfolgten Zahlung — nachzuholen?

Sie werden dahin neigen zu sagen: die Zahlung ist als zu dem nicht erledigten Theil des Rechtsstreits gehörig zu berücksichtigen. Es wäre eine formelle Jurisprudenz, die dahin führte, daß heute Jemand zur Zahlung verurtheilt würde, der gestern gezahlt hat, lediglich, weil er zu früherer Zeit Zahlungspflichtiger war. Der noch nicht erledigte Theil des Rechtsstreites ist so zu erledigen, wie der Rechtsstreit liegt zur Zeit der nachträglichen Verhandlung. Das kann am einfachsten wohl dadurch geschehen, daß der Antrag der Frau Boos, den Kläger zur Rückzahlung der 94 Mk. zu verurtheilen, durch die inzwischen geschehene Rückzahlung für erledigt erklärt wird.

Schwieriger wird aber die Sache, wenn wir nicht unterstellen, Klei mache eine nachträglich erfolgte Zahlung geltend, sondern er mache geltend, wie er es im spätern Verlaufe unseres Prozesses wirklich gethan hat, Frau Boos habe den Mantel monatelang getragen, also könne auch nicht verlangt werden, daß er den Mantel zurücknehme und sie ihr Geld wieder erhalte.

Hier müssen wir außer der angedeuteten prozessualen Frage die weitere Frage untersuchen, unter welchen materiell rechtlichen Gesichtspunkt diese Behauptung des Schneiders fällt? Was macht er damit geltend, daß er sich darauf beruft: „der Mantel ist getragen"? Die Antwort wird lauten: Frau Boos hat durch ihre Handlung die Erfüllung des Vertrags angenommen; sie hat verzichtet auf die Einrede der etwaigen Mängel. Natürlich konnte Frau Boos den Mantel annehmen, auch wenn er 1 cm kürzer war als bestellt. Es sagt also der Schneider: „erst jetzt habe ich erfahren, Frau Boos hat den Mantel vier Monate lang getragen, folglich hat sie auf Geltendmachung etwaiger Mängel verzichtet, und ich bin nicht schuldig, die 94 Mk. zurückzuzahlen".

Wir hatten uns dafür ausgesprochen, die nachträglich erfolgte Zahlung in der Verhandlung über den noch nicht erledigten Theil des Rechtsstreites nicht unberücksichtigt zu lassen. Wie verhält es sich aber mit dieser nachträglich aufgetauchten Behauptung des Verzichts? Wenn die Zahlung noch zu berücksichtigen ist, so scheint auch die Einrede, der Mantel sei nachträglich angenommen, noch berücksichtigt werden zu müssen. Dann wäre die Folge, daß Klei mit Recht die 94 Mk. empfangen und sie nicht zurückzuzahlen hätte; der auf Zurückzahlung gestellte Antrag der Frau Boos wäre als unbegründet abzuweisen. Dieser Ausspruch träte auf Grund der Nachtragsverhandlung

als übergangener Theil des Urtheils, als Ergänzungsurtheil, rechtskräftig dem frühern auch rechtskräftigen Theile des Urtheils hinzu, der die Klage Klei's als unbegründet abweist. Wir kämen also zu einem Gesammturtheil, dessen erster Theil ausspräche: Klei hat kein Recht, von der Frau Boos 90 Mk. für den gelieferten Mantel zu verlangen, während der zweite Theil ausspräche: Klei braucht die der Frau Boos ungerechtfertigter Weise vorläufig abgepfändeten 90 Mk. nicht zurückzuzahlen.[1]) So kann nicht procedirt werden. Das Richtige dürfte sein: die Rückzahlung der 90 Mk. ist dem Kläger aufzugeben, weil rechtskräftig feststeht, daß die Klage, also auch die Pfändung ungerechtfertigt war; dem Kläger bleibt überlassen zu versuchen, ob er auf Grund der neuen Behauptung, die Frau Boos habe den Mantel getragen, deren Verurtheilung zur Zahlung der 90 Mk. mittels einer neuen Klage erreicht. Von dieser Klage wird indeß ein Erfolg nur dann zu erwarten sein, wenn Klei darthun kann, daß die Frau Boos den Mantel nach der mündlichen Verhandlung getragen hat, auf Grund deren seine frühere Klage als unbegründet zurückgewiesen ist. Hätte Frau Boos den Mantel nur in der Zeit vor jener Verhandlung getragen, so wäre Klei mit Geltendmachung dieses Umstandes durch die rechtskräftig gewordene Klagabweisung ausgeschlossen. Daß er das Tragen des Mantels erst später erfahren hat, ändert daran nichts; daraufhin, daß Jemand erst nachträglich Thatsachen erfahren hat, die einen Anspruch begründet erscheinen lassen, kann der Anspruch, wenn bereits rechtskräftig über ihn erkannt ist, nicht noch einmal im Klagwege verfolgt werden; es steht ihm die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen.

---

[1]) Die Kommentare zu § 292 erörtern zwar, daß der zu ergänzende Theil des Erkenntnisses keinerlei Abänderung unterliegt, und daß die Verhandlung über den nicht erledigten Theil „in vollem Umfange" zu eröffnen ist. Darüber sprechen sie sich aber nicht aus, wie es sich verhält, wenn die Verhandlung über den nicht erledigten Theil materiell ein Resultat liefert, das mit dem zu ergänzenden Theil des Erkenntnisses in Widerspruch tritt und die in § 655 angeordnete Verurtheilung zur Erstattung des Geleisteten als materiell ungerechtfertigt erscheinen läßt. Weder der Gesetzgeber noch dessen Interpreten haben daran gedacht, daß die Sachlage in Betreff des nicht erledigten Punktes eine andre zur Zeit des ersten und eine andre zur Zeit des zweiten Erkenntnisses sein und daß diese veränderte Sachlage einen inneren Widerspruch zwischen dem Inhalte der beiden Erkenntnisse hervorrufen kann.

Als resultirende Rechtssätze können wir hiernach aus der Erörterung der Urtheile b und c etwa folgende ableiten:

1. Wird ein Kläger, der ein erstinstanzliches Erkenntniß vorläufig hat vollstrecken lassen, in der Berufungsinstanz mit seiner Klage abgewiesen, so ist auf Antrag die Verurtheilung zur Rückzahlung des beigetriebenen Betrages auszusprechen (§ 655 Abs. 2 C.P.O.). Diese Verurtheilung ist, mag sie in kontradiktorischem Verfahren oder auf Grund des Anerkenntnisses erfolgen, sofort mit der Verkündung vollstreckbar, sie ist also weder auf Grund des § 649 Abs. 4, noch des § 648 Abs. 1 C.P.O. für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

2. Die Urtheilsformel ist unvollständig und auf Grund des § 292 C.P.O. der nachträglichen Ergänzung bedürftig, wenn sie nicht die Parteianträge erschöpft.

3. Auch in dem Verfahren, welches die Ergänzung eines unvollständigen Urtheils zum Gegenstand hat, ist bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen die dem Antragsteller obliegende Gegenleistung von Amtswegen dem unerledigt gebliebenen Theile des Klagantrags einzufügen.

4. Die Ingebrauchnahme eines angeblich nicht bestellungsgemäß gelieferten Werkes enthält bei Kenntniß des Mangels einen Verzicht auf das Recht, wegen der angeblichen nicht bestellungsgemäßen Lieferung das Werk zurückzuweisen.

---

Wenden wir uns nunmehr zu dem Erkenntnisse d[1]). Es ist von den fünf Ihnen vorliegenden Erkenntnissen in unserm Mantelfalle das beste. Einzelnes werden wir aber immerhin an der Begründung auszusetzen haben.

Dem Schneider sind am 25. März 1885 seine Möbel gepfändet, damit aus dem Erlöse die 94 Mk. gedeckt werden. Frau Boos war in besseren Verhältnissen, sie hatte, ohne sich pfänden zu lassen, dem Gerichtsvollzieher gegen Einhändigung des Mantels alsbald gezahlt, der Schneider hat den Betrag verbraucht, und da er ihn nicht zurückzuzahlen im Stande ist, hat der Gerichtsvollzieher die Möbel gepfändet. Bei diesem Akte protestirt der Schneider: die Pfändung sei nur zulässig gegen Rücklieferung des Mantels; der ihm vom

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 9.

Gerichtsvollzieher angebotene Mantel sei aber nicht der verkaufte Mantel; außerdem sei der Mantel beschmutzt und abgetragen, also auch wenn der angegebene Mantel mit dem verkauften identisch wäre, brauche er ihn nicht zu nehmen.

Damit kommen wir zu einer wichtigen Frage unseres gegenwärtigen Prozeßlebens; es ist die Frage: wie ist es bei einer Pfändung Zug um Zug zu halten, wenn der, der gepfändet werden soll, dem Gerichtsvollzieher gegenüber Einwendungen erhebt, welche die Gegenleistung des pfändenden Gläubigers betreffen?

Für solche Einwendungen kennt die C.P.O. zweierlei Wege. Ist die Einwendung hervorgerufen durch ein angebliches Versehen des Gerichtsvollziehers, dann ist sie zu verfolgen vermittels einer Beschwerde gegen das Vorgehen des Gerichtsvollziehers, und das Verfahren, das eingeleitet wird, spielt sich ab bei dem Gericht, bei dem der Gerichtsvollzieher angestellt ist, bei dem Vollstreckungsgericht. Das sagt der § 685 der C.P.O. Anders ist eine Einwendung zu behandeln, die darauf beruht, daß aus materiellen Gründen die Pfändung ungerechtfertigt sei; z. B. wenn der Schuldner sagt: „Ich habe gezahlt und darf deshalb nicht gepfändet werden." Das ist nicht eine Beschwerde gegen den Gerichtsvollzieher; denn der Gerichtsvollzieher hat korrekt gehandelt; es sind aber Umstände eingetreten, auf Grund deren nach Meinung des Schuldners eine Modifikation des Urtheils nöthig geworden ist. Es handelt sich um eine Erneuerung des Prozesses. Der Anspruch, wie er im Prozesse erhoben und festgestellt ist, besteht nicht mehr so, wie er zur Zeit des Urtheils bestand; der Anspruch hat eine Veränderung erfahren. Deswegen sagt die C.P.O. in § 686: Diese Einwendung ist geltend zu machen in einem neuen Prozesse, „im Wege der Klage", die dann naturgemäß beim Prozeßgericht derjenige, der gepfändet ist, gegen seinen Gegner zu erheben hat. Zu welchen Einwendungen gehören nun die Einwendungen in unserem Falle?

Man setze sich in die Lage der beiden Parteien. Wenn Jeder, der gegen Lieferung einer Sache gepfändet werden soll, einfach mit der Behauptung die Pfändung abwenden oder mindestens hinausschieben kann: „das ist nicht die mir zu liefernde Sache", so würde das vielfach die Interessen des Klägers benachtheiligen, der den Prozeß gewonnen hat. Umgekehrt aber: Wie hart ist es für den Beklagten, der einen Mantel zurückerhalten soll, wenn der Gerichts-

vollzieher einen andern Mantel oder zwar denselben Mantel, aber in verschlechtertem Zustande bringt und mit der Erklärung pfändet: Frau Boos hat mir gesagt, das sei der Mantel, den sie zurückzugeben habe. So ist der Gerichtsvollzieher hier verfahren. Nach einer Lösung der Schwierigkeit suchen wir in der C.P.O. vergeblich. Aber in der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher findet sich der Satz[1]):

„Der Gerichtsvollzieher darf sich von der Durchführung der Vollstreckung durch Einreden des Schuldners oder dritter Personen nicht abhalten lassen. Die Fälle, in denen dieselbe ausnahmsweise ohne Anweisung des Gläubigers einzustellen oder zu beschränken ist, sind in den §§ 691, 692 C.P.O. angegeben."

Letztere beiden Paragraphen passen auf unsern Fall absolut nicht; sie reden davon, wenn der Schuldner dem Gerichtsvollzieher Urkunden vorlegt, die eine nachträgliche Abänderung des Urtheils oder eine Zahlung oder eine Zahlungsstundung ergeben. Wenn der Schuldner jedoch ohne Vorlage einer Quittung nur behauptet: „ich habe gezahlt", so gilt der Satz der Geschäftsanweisung, daß der Gerichtsvollzieher sich nicht von der Pfändung abhalten lassen soll. Wie aber steht es mit der Behauptung des Schuldners: „die mir angebotene Sache ist eine andere Sache als diejenige, gegen deren Lieferung die Pfändung geschehen soll?"

Da könnte man einmal wieder versuchen, sich Raths zu erholen an dem älteren Prozesse, in welchem die Zwangsvollstreckung am Prozesse selbst hing, wie der Schweif am Kometen, und in denselben Akten wie der Hauptprozeß beim Gerichte verhandelt wurde. Das Gericht verfügte sie auf Antrag des Klägers; der Gerichtsdiener war die Hand des Gerichts, die den Zwang vollstreckte. Der Gerichtsdiener wurde, um zu exequiren, vom Gericht zum Schuldner geschickt. Gesetzt, unser Prozeß hätte vor dem 1. Oktober 1879 gespielt, so würde, nachdem das Erkenntniß rechtskräftig geworden, welches den Schneider gegen Rücklieferung zur Zahlung von 94 Mk. verurtheilt, die Frau Boos unter Vorlage des Mantels sich an das Gericht gewandt haben mit der Bitte, einem Gerichtsdiener die Pfändung aufzutragen. Der Mantel wäre möglicherweise schon im Hauptprozesse dem Richter vorgezeigt worden, wie er im Falle Klei gegen Boos vorgezeigt war. Der Richter, der den streitigen Mantel aus eigener Anschauung

[1]) § 59 (Just.Min.Bl. 1879, Anlage zu Nr. 31 S. 17).

kannte, würde nun den Gerichtsdiener beauftragt haben, dem Schneider den von der Frau Boos vorgelegten Mantel zu bringen und die 94 Mk. zu holen. Dann war von vornherein gesichert, daß der Schneider seinen Mantel erhielt. Kannte der Richter den Mantel nicht, oder fand er ihn in abgetragenem oder beschmutztem Zustande, dann würde er wohl gezögert haben, gegen Ueberlieferung des vorgelegten Mantels ohne Weiteres pfänden zu lassen; er hätte sich gesagt: „Ob das der Mantel ist, weiß ich nicht; ich muß erst feststellen, ob der vorgelegte Mantel der richtige ist". Um dies zu erreichen, würde der Richter den Antrag auf Pfändung dem Beklagten mitgetheilt und Termin zur Erklärung des Schneiders auf den gegnerischen Pfändungsantrag angesetzt haben. Hätte der Schneider dann die Identität des Mantels bestritten, so würde darüber Beweis erhoben sein, und zwar hätte selbstverständlich Frau Boos den Beweis führen müssen, da sie die Identität des Mantels behauptet und ihr Pfändungsantrag diese Identität zur wesentlichen Grundlage hat. Erst nach geführtem Beweise würde dem Gerichtsdiener der Pfändungsauftrag ertheilt sein.

Dies ganze Verfahren ist heute unmöglich. Es besteht eine große Cäsur zwischen dem Erkenntnisse und der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers. Unserer jetzigen Prozeßordnung nach wendet sich Frau Boos persönlich an den Gerichtsvollzieher und sagt: „Hier ist der Mantel, nun pfände." Ist der Gerichtsvollzieher in der Lage zu beurtheilen, ob ihm der richtige Mantel gegeben ist? Es müßte ein merkwürdiger Gerichtsvollzieher sein, der das dem Mantel ansehen könnte. Und doch bleibt nach unserer Prozeßordnung schwerlich ein andrer Ausweg, als im Gerichtsvollzieher die nächstberufene Instanz für die Prüfung der Frage zu sehen, ob die ihm vom Gläubiger übergebene Sache diejenige ist, gegen deren Leistung die Pfändung erfolgen soll. Auch unser Gerichtsvollzieher hat also zu prüfen. Die einzige objektive Grundlage für seine Prüfung ist das ihm zur Vollstreckung übergebene Erkenntniß; dazu tritt die subjektive Behauptung der Frau Boos, der ausgehändigte Mantel sei der streitige. Hätte Frau Boos statt des Mantels ihm z. B. ein Kleid ausgehändigt, so müßte selbstverständlich der Gerichtsvollzieher die Pfändung ablehnen; denn der Inhalt des Erkenntnisses setzt den Gerichtsvollzieher sofort darüber ins Klare, daß nur gegen Hingabe eines Mantels, nicht gegen Hingabe eines Kleides gepfändet werden darf. Aehnlich wäre es,

wenn das Erkenntniß von einem schwarzen Mantel redete, Frau Boos jedoch dem Gerichtsvollzieher einen gelben Mantel übergäbe. In Fällen aber, in denen das Erkenntniß keine genügende Auskunft giebt und die Parteien über die Identität streiten, ist es zweifelloses Bedürfniß, irgendein Identitätsnachweisverfahren zu ermöglichen, ehe die Pfändung erfolgt, wie der frühere Prozeß ein solches Verfahren kannte. Nach Lage unserer jetzigen Prozeßgesetzgebung fehlt es an einem solchen Verfahren.[1]) Der Gerichtsvollzieher muß nach bestem Wissen und Ermessen handeln. Naturgemäß wird er — namentlich Angesichts seiner Geschäftsanweisung — dahin neigen, der Behauptung seines Auftraggebers zu glauben und auf den Widerspruch des Schuldners nicht zu hören. So wird in der Praxis gewöhnlich verfahren. Der Schuldner kommt dadurch in die sehr mißliche Lage, bei ungerechtfertigter Pfändung sein Geld zu verlieren, wenn z. B. der pfändende Gläubiger zahlungsunfähig wird oder ist. Freilich mag sich die Sache praktisch meist so gestalten, daß der Schuldner vorläufig zwar dulden muß, daß sein Mobiliar in die Pfandkammer gebracht wird — dies ist ja die häufigste Art der Pfändung — daß aber der Pfandverkauf durch die Beschwerde des Schuldners aus § 685 oder durch seine Klage aus § 686 sistirt wird, wenn der Schuldner eine solche Sistirung beantragt.

Diese Betrachtung lehrt jedenfalls, wie wünschenswerth es ist, daß der Streitgegenstand wenigstens in der Prozeßverhandlung und in dem Erkenntnisse möglichst genau beschrieben wird, damit der Gerichtsvollzieher daraus einen Anhalt für die Beurtheilung der Identitätsfrage entnehmen kann. Das Ideal wäre in unserem Falle, daß der Mantel von Anfang an auf dem Gerichte hingelegt würde und dann das Erkenntniß lautete: gegen Lieferung dieses Mantels wird verurtheilt. Vor allen Zweifeln könnte freilich nur das wenig praktische Mittel bewahren, die Urtheilsausfertigung mit dem Streitgegenstand in untrennbare Verbindung, z. B. durch Ansiegeln, zu bringen.

Unser Erkenntniß d giebt ein deutliches Bild der beim jetzigen Verfahren erwachsenden Schwierigkeiten. Der Schneider hat sich die Pfändung gefallen lassen müssen, ohne die seiner Meinung nach

[1]) Auf die Nothwendigkeit desselben hat Bähr bei der Berathung der C.P.O. aufmerksam gemacht, jedoch ohne Erfolg.

richtige Gegenleistung erhalten zu haben. Dadurch ist er auf den Weg verwiesen, seinerseits bei Gericht die Rückgängigmachung der Pfändung oder die Effektuirung der Gegenleistung betreiben zu müssen. Er beantragt, die Pfändung wieder aufzuheben. Ist dieser Antrag als Beschwerde gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers (aus § 685) oder als Klage auf Grund einer Einwendung aufzufassen, die den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betrifft (aus § 686 C.P.O)? Vorliegend sind Vollstreckungsgericht und Prozeßgericht dasselbe Gericht. Dieser glückliche Zufall hat dem Richter erlaubt, es im Dunkel zu lassen, ob er eine Beschwerde oder eine Klage als erhoben ansieht; er begnügt sich damit zu sagen, daß Klei „beantragt" habe, die Pfändung aufzuheben. Ferner hat auch der Richter darüber sich nicht ausgesprochen, wer von den Parteien betreffs der Identitätsfrage die Beweislast trägt. Betrachtet man den Antrag Klei's als eine Klage aus § 686, so stützt er diese Klage auf die Behauptung, es sei ihm ein mit dem Streitgegenstand nicht identischer Mantel eingehändigt. Nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen würde man dann annehmen müssen, daß den Kläger die Beweislast über die Nichtidentität trifft; denn die Nichtidentität ist das Klagfundament. Wir hatten aber gesehen, daß vor dem 1. Oktober 1879 der Pfändende seinerseits die Identität beweisen mußte. Es wäre nun eine sonderbare Folge der Neuordnung des prozessualen Verfahrens, der Einführung der Cäsur zwischen Urtheil und Vollstreckung, wenn dadurch die materielle Beweislast umgedreht werden soll. Ist das nicht der Fall, so kommen wir zu dem Satze, daß der Beklagte die Identität beweisen muß. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß der Schneider außerdem geltend macht, der Mantel sei beschmutzt und abgetragen. Wie verhalten sich diese beiden Behauptungen zu der weiteren, daß ein anderer Mantel als der verkaufte angeboten sei? Wenn man etwas zwischen den Zeilen zu lesen versteht, so sieht man, daß der Schneider eigentlich wohl nicht behaupten will, der angebotene Mantel sei nicht der verkaufte, sondern daß er hat behaupten wollen: „der Mantel ist kein neuer Mantel mehr, er ist Monate lang im Besitze der Beklagten gewesen, sie hat ihn getragen, und deshalb ist es nicht mehr jener Mantel, den ich geliefert habe." So scheint wenigstens die Sache in Wirklichkeit zu liegen; durch Ausübung des Fragerechts wäre die wünschenswerthe Erläuterung zu beschaffen gewesen. Jedoch nach dem Thatbestand des Urtheils d behauptet der Schneider be-

stimmt, daß der vom Gerichtsvollzieher ihm angebotene Mantel nicht „derselbe" sei, den er geliefert habe; wir müssen also damit rechnen. Unterstellen wir deshalb ein Beweisverfahren über die Identität und als Resultat den Beweis, daß der vorgelegte Mantel nicht identisch sei mit dem ursprünglichen, so würde die Pfändung aufgehoben werden müssen; denn sie wäre zu Unrecht geschehen. Der Schneider brauchte ja nur gegen den individuell bestimmten Mantel zurückzuzahlen. Aber er hat sofort eine neue Pfändung zu erwarten, wenn der richtige Mantel ihm angeboten wird. Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Behauptungen erwiesen werden, daß der Mantel beschmutzt und getragen sei. Beschmutzt kann er sein nicht nur vom Gebrauch, sondern z. B. dadurch, daß ihn etwa der Gerichtsvollzieher auf der Straße hergeschleift hätte. Welche Bedeutung hat diese Einwendung? Auch beschmutzt braucht der Schneider den Mantel nicht anzunehmen; wird der Mantel aber gereinigt, so ist der Schneider ebenfalls einer wiederholten Pfändung ausgesetzt. Bewahrheitet sich dagegen die Behauptung: der Mantel ist abgetragen, so liegt darin die neue Behauptung: die Beklagte hat den Mantel angenommen, in Gebrauch genommen; folglich kann sie ihn nicht mehr zurückgeben. Ist das richtig, dann hat der Schneider überhaupt keine Pfändung mehr zu erwarten; denn den abgetragenen Mantel braucht er nicht zu nehmen. Die Bedeutung dieser drei Einwendungen ist also wesentlich verschieden. Und nun könnte man auch sagen: die erste Einwendung, der Gerichtsvollzieher habe einen anderen Mantel als den gekauften angeboten, enthält eine Beschwerde gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers; ein Gerichtsvollzieher, der beauftragt ist, gegen Lieferung eines bestimmten Mantels zu pfänden, darf nicht eher pfänden, als bis feststeht, daß der richtige Mantel vorliegt. Die beiden anderen Einwendungen hingegen: der Mantel ist beschmutzt, er ist abgetragen, betreffen „den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst"; sie ändern diesen Anspruch; der Anspruch auf Aushändigung eines konkreten neuen (unbeschmutzten und unabgetragenen) Mantels läßt sich nicht mehr realisiren, wenn der betreffende Mantel beschmutzt oder abgetragen ist. Die Einwendungen sind also materielle Einwendungen, gerade so, als wenn der Beklagte sagt: „Ich habe nachträglich gezahlt." Bei dieser Auffassung enthielte also der Antrag des Schneiders, die Pfändung aufzuheben, eine Beschwerde aus § 685 C.P.O. und zugleich eine Klage aus § 686.

Dann würde fraglich, ob überhaupt eine solche Kumulation von Beschwerde und Klage zulässig ist. Es würde auch weiter fraglich, ob das Beschmutztsein oder das Getragensein Gründe sind, die aus der Zeit vor oder aus der Zeit nach Erlaß des Erkenntnisses c datiren. Nur wenn sie aus der Zeit nachher datiren, könnten sie laut § 686 C.P.O. einer Klage auf Aufhebung der Pfändung zur Stütze dienen, möchte auch Klei diese Gründe erst später erfahren haben.[1])

Sie sehen, meine Herren, welche verschiedenen und interessanten Seiten die Entwickelung unseres Mantelprozesses darbietet; es liegen große juristische Feinheiten darin, die wir hier nicht weiter verfolgen können. Das Richtige dürfte sein, in dem, was Klei geltend macht, lediglich eine Beschwerde „gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung", also gegen den Gerichtsvollzieher zu sehen: nach dem ergangenen Richterspruch hatte der Gerichtsvollzieher dem Kläger den von ihm der Beklagten gelieferten neuangefertigten, also einen nicht beschmutzten und nicht getragenen Mantel herauszugeben. Bot der Gerichtsvollzieher dem Kläger einen anderen oder einen beschmutzten oder einen abgetragenen Mantel an und pfändete, ohne auf des Beklagten Widerspruch zu hören, so gereicht „die Art und Weise der Pfändung" dem Kläger zur Beschwerde. Um über die Beschwerde zu erkennen, bedarf es eines Beweisverfahrens, ob die Pfändung gegen das Angebot des richtigen oder eines unrichtigen Mantels erfolgt ist. Die Beweislast trifft auch hier, wie bei einer etwaigen auf die Nichtidentität gestützten Klage aus § 686[2]) die Frau Boos.

Betrachten wir nun noch mit einigen Worten das vom Gericht gefällte Erkenntniß d. Darin ist zunächst zu tadeln, daß nicht hervortritt, ob das Gericht die Schutzbehauptung, der Mantel sei nicht der gelieferte, als geleugnet oder als zugestanden auffaßt. Einer von den Herren hat aus dem Thatbestand herausgelesen, daß die Nichtidentität zugegeben sei. Und das ist, wenn man sich streng an die Worte hält, richtig. Es heißt im Thatbestand: Beklagte hat Abweisung beantragt indem sie „die Angaben des Klägers über die *Beschaffenheit* des Mantels bestreitet". Identität ist keine Beschaffenheit des Mantels, also ist die Nichtidentität unbestritten. Unter dieser Voraussetzung kommt es natürlich darauf nicht weiter an, ob der Mantel beschmutzt und abgetragen ist; jener Herr hat mit Recht alsbald auf Aufhebung

---

[1]) Vergl. oben S. 204. — [2]) Siehe oben S. 210.

der Pfändung erkannt. Sicher hat aber Beklagte auch die Nicht-identität bestreiten wollen. Weiter ist im Urtheil d nicht korrekt, daß in dem fünften Absatze steht, es handele sich um einen neuen ungetragenen Mantel; „einen solchen" müsse die Beklagte dem Kläger zurückgeben. Das Wort „solchen" sieht aus, als ob ein genus geschuldet sei, und als ob daher Beklagte überhaupt nur einen neuen Mantel zurückgeben müßte, während unbedingt derjenige neue Mantel, den Klei angefertigt hatte, zurückgegeben werden muß.

Von den gelieferten Arbeiten habe ich fünf durchgesehen. Sie geben zu wenigen Bemerkungen von allgemeinerem Interesse Anlaß. Ein Studiosus aus dem ersten Semester gelangt — ähnlich wie das heute vertheilte Erkenntniß e[1]) — dahin, auszusprechen: „Der Schneider mag aus Billigkeitsgründen eine Entschädigung erhalten, etwa 20 Mk., im Uebrigen muß er den Mantel nehmen; mag der Mantel auch beschmutzt oder abgetragen sein; denn es ist der Mantel, den er geliefert hat." In dem Abtragen ist aber nicht nur eine Werthsminderung des Mantels zu sehen, sondern es liegt darin ein strikter Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel des Mantels, wegen deren ursprünglich die Frau Boos die Annahme des Mantels verweigerte.[2]) Außerdem ist der Richter nicht befugt, in einem Erkenntnisse auf Billigkeitsgründe sich zu berufen und aus solchen ohne Weiteres von der Schuld der 94 Mk. dem Kläger 20 Mk. abzuziehen. Altdeutsche Schöffen durften vor vierhundert Jahren allerdings so operiren, und künftige werden es vielleicht auch dürfen; wir dürfen es aber nicht. Wenn eine Entschädigung gegeben werden soll, hätte dargelegt werden müssen, daß Frau Boos entschädigungspflichtig ist, daß also die Werthsminderung ihr zur Last fällt.

Sodann will eine Arbeit den Kläger „a limine abweisen". Dieser Ausdruck ist für den heutigen Prozeß nicht mehr brauchbar. Er bedeutete im älteren Prozesse, daß die Klage abgewiesen wurde, ehe sie die Schwelle des Prozesses (das limen) betreten hatte, und zwar, daß sie deshalb abgewiesen wurde, weil einzelne für die Klagbegründung unerläßliche Behauptungen fehlten. Der Kläger wurde durch die Klagabweisung vom Gericht auf diesen Mangel der Klage aufmerksam gemacht, damit er eine neue bessere Klage anstelle. Dies konnte geschehen sowohl vor Mittheilung der Klage an den Beklagten, d. h. vor Einleitung

[1]) Siehe Beilageheft S. 11. 12. — [2]) Siehe oben S. 203.

des Prozesses (durch klagabweisende Verfügung), als auch nach durchverhandeltem Prozesse (durch klagabweisendes Urtheil). Gegenwärtig muß aber jede Klage in einen Prozeß überführen, sie muß verhandelt werden. Damit ist die a limine klagabweisende Verfügung weggefallen.[1]) Gegenwärtig muß ferner der Richter fehlende klägerische Behauptungen im Wege des Fragerechts zu ergänzen suchen; Klagabweisungen, die wegen versäumter genügender Substanziirung der Klage erfolgen, sind damit ausgeschlossen; denn macht der Richter den Kläger in der Verhandlung darauf aufmerksam, diese oder jene Behauptung sei für die Klagbegründung noch erforderlich, so bringt entweder der Kläger die fehlende Behauptung nach, und dann ist der Mangel geheilt, oder der Kläger erklärt, jene Behauptung nicht aufstellen zu können, weil die betreffende Thatsache nicht vorliege; dann erfolgt die definitive Klagabweisung, das heißt, der Kläger wird abgewiesen, nicht weil er versäumt hat, eine zur Begründung seiner Klage unerläßliche Behauptung vorzubringen, sondern weil die zur Klagbegründung erforderliche Thatsache nicht vorliegt. Das ist aber ebenfalls keine Abweisung „a limine“, sondern es ist das gerade Gegentheil einer solchen Abweisung, eine definitive Abweisung. Also ein für allemal ist in der gegenwärtigen Prozeßsprache der Ausdruck, es werde der Kläger a limine abgewiesen, zu vermeiden.

Endlich ist sämmtlichen Arbeiten entgangen, daß es bei Beurtheilung des Falles d einer Prüfung der Frage bedurfte, wen von den Parteien die Beweislast bezüglich der Identität des Mantels trifft. Uebrigens erkennen die Arbeiten richtig, daß das Gericht sachgemäß urtheilte, wenn es aussprach: Gegen diesen abgetragenen Mantel braucht sich der Schneider Klei die Pfändung nicht gefallen zu lassen.

[1]) Siehe oben S. 53. 76 ff.

# 10.

In einer der zuletzt gelieferten Arbeiten hat sich die Bemerkung gefunden, eine bestimmte Vorschrift des Einführungsgesetzes zur C.P.O. enthalte eine auffällige Lücke. Da uns das Alle interessiren wird, möchte ich noch nachträglich diesen Punkt berühren.

Es handelt sich um die Rechtskraft des Urtheils. Wir hatten gesehen, daß im Sinne der C.P.O. ein rechtskräftiges Urtheil dasjenige sei, welches weder mit den Rechtsmitteln der C.P.O., noch mit dem von der C.P.O. gegebenen Einspruch angefochten werden könne.[1]) Das bestimmt § 645 C.P.O. mit folgenden Worten:

„Die Rechtskraft der Urtheile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein."

Im Einführungsgesetze zur C.P.O. befindet sich ein paralleler Paragraph, der auch von der Rechtskraft spricht, und da heißt es (es ist § 19):

„Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurtheile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können."

Jene Arbeit vermißt in § 19 a. a. O. die Hinzufügung des Einspruchs, wie er im § 645 a. a. O. neben den zulässigen Rechtsmitteln genannt ist. Es wird also behauptet, in § 19 hätte ebenso der Einspruch hinzugefügt werden müssen, wie in § 645. Das ist aber nicht zutreffend. Es ist dabei übersehen, daß es in § 19 heißt: „rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind 2c." Das Einf.Ges. behandelt die Uebergangsbestimmungen, wie zu verfahren ist mit den vor Inkrafttreten der C.P.O. ergangenen Urtheilen, und da es damals einen Einspruch nicht gab, so konnte das Einf.Ges. auch davon nicht sprechen, daß Rechtskraft eintrete, wenn außer der Frist

---

[1]) Siehe oben S. 193 ff.

für die ordentlichen Rechtsmittel die Frist für den Einspruch abgelaufen sei. Es ist also Rechtskraft im Sinne des Einf.Ges. etwas Anderes als Rechtskraft im Sinne der C.P.O. selbst. Mit voller Berechtigung, ja mit Nothwendigkeit läßt deshalb der § 19 a. a. O. diesen Zusatz weg, während der § 645 ihn aufgenommen hat. Man muß also bei der Behauptung, die Reichs-Justizgesetze hätten eine Lücke gelassen, immerhin vorsichtig sein.

Sodann ist der Wunsch ausgesprochen, ich möge mich doch äußern, ob in dem Thatbestand eines Urtheis alle Thatsachen, welche die Parteien des Rechtsstreits vorbringen, aufgenommen werden müssen, oder ob nach Ansicht des den Thatbestand verfassenden Richters gewisse Thatsachen auch einmal weggelassen werden können. Diese Frage knüpft sich daran an, daß ich bei Besprechung des Urtheils IIIa und bei Kritik einer Arbeit sagte: die Angabe, daß Frau Boos den Schneider zu sich gebeten, um sich einen Mantel zu bestellen, daß dann der Schneider gekommen und daß darauf die Bestellung erfolgt sei, diese Angaben seien im Thatbestand überflüssig[1]). Damit zugleich ist die Frage verbunden worden, wie es sich mit Rechtsausführungen der Parteien verhalte, ob diese in den Thatbestand gehörten. Mit Beantwortung dieser beiden Fragen steht es, wie mit der Beantwortung der meisten Fragen: sie lassen sich mit einem bestimmten Ja oder Nein nicht erledigen. Regel ist allerdings, daß die Thatsachen, die die Parteien behaupten, vollständig aufgenommen werden, Regel ferner, daß Rechtsausführungen nicht in den Thatbestand gehören. Von beiden Regeln giebt es aber Ausnahmen. Denken wir: Ein Kläger stellt bei Gericht vor, er habe eine Reihe von Gegenständen, die er einzeln unter 20 Nummern bezeichnet, dem Beklagten käuflich überliefert, die Preise seien verabredet, der Beklagte habe auch 18 Gegenstände bezahlt, bezüglich zweier aber, die näher bezeichnet werden (Nr. 5, 7), sei Bezahlung nicht zu erlangen, obwohl sie auch überliefert seien. Der nun sich entwickelnde Prozeß betrifft nur die beiden Gegenstände Nr. 5 und 7. Sollen da in den Thatbestand alle die Gegenstände aufgenommen werden müssen, wie sie in der Klage behauptet sind, von denen aber feststeht, daß sie bezahlt und nicht Gegenstand des Streites sind? Schwerlich. Sie werden im Thatbestand sagen: „Von einer Reihe dem Beklagten

[1]) Siehe oben S. 168.

käuflich gelieferter Gegenstände bilden folgende zwei den Gegenstand des gegenwärtigen Prozesses." Sie lassen also gewisse Thatsachen im Thatbestand weg, weil es für jeden Richter von vorn herein klar sein muß, daß diese Thatsachen für den ganzen Prozeß gleichgiltig sind; auch für die ferneren Instanzen können sie nicht etwa in Betracht kommen.

Umgekehrt wäre es unrichtig, wenn Sie in den Thatbestand eine gewisse Reihe von Thatsachen deshalb nicht aufnähmen, weil Sie als Richter sie für Ihre subjektive Entscheidung nicht brauchen. Sie wissen nicht, was in der höheren Instanz entschieden wird, und müssen deshalb auch dem Richter zweiter Instanz unterbreiten, was die Parteien geliefert haben.

Es ist mir aus meiner Praxis folgender Fall erinnerlich. Ein Richter verlangte von einem Anwalt, er solle eine Kaufklage näher substanziiren, in welcher der Kläger behauptete, bei seinem Reisenden habe der Beklagte ein Faß Wein gekauft. Der Anwalt hielt das Verlangen für übertrieben und erklärte, um den Richter zu persifliren: „Nun, dann will ich behaupten, der Reisende ist in das Haus gekommen, hat die Thürklinke angefaßt, die Ladenthür geöffnet, den Mund aufgemacht und den Beklagten gefragt, ob er das fragliche Faß Wein kaufen wolle, der Beklagte bejahte das". Selbst der Richter, der in diesem Falle die nähere Substanziirung verlangt hatte, wird in seinen Thatbestand kaum Alles aufgenommen haben, was der klägerische Anwalt nach Obigem vorgebracht hat. Noch weniger würde dies irgend ein anderer Richter gethan haben, wenn vor ihm ein Kläger seiner Klage eine so sonderbare Substanziirung gegeben hätte. Es sind darin für Jedermann zweifellos unwesentliche Thatsachen enthalten; der Thatbestand muß aber die Sache möglichst knapp und präzis darstellen. Ein gewisses richterliches Ermessen spielt dabei stets mit. Immerhin ist es besser, an Thatsachen etwas mehr als zu wenig und umgekehrt an Rechtsausführungen etwas weniger als zu viel zu bringen. Es giebt Juristen, die überhaupt alle Rechtsausführungen aus dem Thatbestand gestrichen haben wollen. Eine bestimmte Vorschrift findet sich in der C.P.O. nicht, nur deutet ein Paragraph, für einen gewissen Fall doch an, daß Rechtsausführungen keineswegs aus dem Thatbestand durchaus verbannt sind. Der § 488 sagt:

„Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urtheil, sowie die dem Urtheile voraus-

gegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist".

Sie sehen: auch hier ist auf das richterliche Ermessen hingewiesen und unter dem, was vorgetragen werden soll, und was in den Thatbestand gehört, sind genannt die Entscheidungsgründe erster Instanz. Das soll nicht heißen, daß alle Gründe in den Thatbestand aufgenommen werden sollen, aber die Richtung derselben soll immerhin angegeben werden.

---

Gehen wir nunmehr zu unserm Erkenntnisse e über,[1]) so wird Ihnen klar geworden sein, daß bei demselben die Frage eine große Rolle spielt, was eine „Gegenleistung" sei. Wir müssen deshalb überhaupt den Grund erörtern, weshalb ein großes Gewicht darauf zu legen ist, ob bei zweiseitigen Verbindlichkeiten die eine Leistung mit der andern Zug um Zug zu gewähren oder ob die eine die Vorleistung der andern ist. Das Recht geht davon aus: wenn zwei Parteien in einem Vertragsverhältnisse stehen, gemäß dessen jeder dem andern zu etwas verpflichtet ist, dann bringt es die Natur der Sache und die Billigkeit mit sich, daß keinem von ihnen zugemuthet wird, seinerseits zu leisten, ehe er gesichert ist, daß er auch die Leistung des Mitkontrahenten erhält. Mit andern Worten, das Recht erkennt den Satz an: Niemand braucht dem Andern Kredit zu gewähren, es sei denn, daß die Verabredung der Parteien dahin gegangen ist, der eine solle und wolle dem anderen Kredit gewähren. Wir erinnern uns des früher erörterten Cigarrenfalles, in welchem der Verkäufer dem Käufer auf ein Jahr Kredit gegeben hatte.[2]) Hier beruhte es auf besonderer Verabredung, daß die Hingabe des Kaufobjekts voranging. An sich soll Niemand Waare und Preis gleichzeitig in seiner Hand haben. Außerdem giebt es gewisse Verträge, deren Natur mit sich bringt, daß der Eine vor-, der Andre nachleistet. Dazu gehört die Miethe. Das Gesetz bestimmt deshalb, daß der Vermiether die Wohnung liefern muß, und daß erst, nachdem er geliefert hat, der Miethszins fällig wird. Genau genommen müßte in jedem Moment, in welchem die Wohnung gewährt wird, auch der entsprechende Mieths-

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 11. 12. — [2]) Siehe oben S. 122 ff.

zins gezahlt werden. Da das unausführbar ist, hat das Gesetz entschieden, es soll die Miethzinsforderung ratenweis an den gewöhnlichen Quartalstagen postnumerando getilgt werden; bis zum Quartalstage hat der Vermiether dem Miether Kredit zu gewähren. Hier und da ist freilich zufolge eigenthümlicher socialer Verhältnisse das Umgekehrte üblich, z. B. in Berlin, aber nur auf Grund besonderer Verabredung; das Praenumerando-Zahlen ist eine Ausnahme und beruht auf der oft zweifelhaften Kreditwürdigkeit der Miether einer Großstadt.

Nun haben wir gesehen, daß das Urtheil c den Kläger Klei schuldig sprach, der Beklagten 94,60 Mk. „gegen Herausgabe des Mantels“ zu zahlen. Es scheint klar, daß durch das Urtheil festgestellt ist: Klei braucht die 94,60 Mk. nur gegen Empfang des Mantels zu leisten. Ich las Ihnen bereits einen Satz aus der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vor[1]), in dem es heißt: der Gerichtsvollzieher darf sich durch keinerlei Einreden des Schuldners von der Pfändung abhalten lassen.

Daß eine im Verwaltungswege erlassene Geschäftsanweisung nicht das Gesetz, nicht feststehende rechtskräftige Erkenntnisse abzuändern in der Lage ist, bedarf keiner Erörterung. Die Geschäftsanweisung führt nur aus, was die Gesetze angeordnet haben. Immerhin muß zugegeben werden, daß für einen Gerichtsvollzieher, zumal er nicht Rechtsverständiger ist, aus der Fassung der Geschäftsanweisung eine Gefahr erwächst. Wenn ihm eine Instruktion eingehändigt wird, welche ihm verbietet, auf „Einreden des Schuldners“ bei der Pfändung Rücksicht zu nehmen, so legt das nahe, auch die Behauptung eines Schuldners, die als Gegenleistung angebotene Sache sei eine andere als die, von welcher das Urtheil redet, für eine nicht zu berücksichtigende „Einrede“ zu halten. In unserm Fall mag daher ebenwohl der Gerichtsvollzieher auf den Gedanken verfallen sein, das Bestreiten der Identität des Mantels sei eine Einrede, an die er sich nicht zu kehren habe; er müsse pfänden. Wenn wir fragen wollen, ob die Pfändung, ohne daß die Frage über die Identität des Mantels ausgetragen war, zu vollziehen sei, müssen wir uns an das Gesetz und an das gerichtliche Erkenntniß halten. Wir wissen aber bereits[2]), daß die C.P.O. diesen Punkt nicht klar

---

[1]) Siehe oben S. 207. — [2]) Siehe oben S. 209.

erledigt. Es hat sich ein lebhafter Streit darüber erhoben, ob sich nicht der eine oder andere Paragraph vielleicht doch darüber ausspricht. Da kommt zunächst der uns schon bekannte § 664[1]) in Betracht:

„Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer . . . Thatsache . . . abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird."

Man hat gesagt: wenn Jemand verurtheilt ist, gegen Hingabe eines Gegenstandes zu zahlen, so ist die Hingabe eine Thatsache, welche der Gläubiger zu beweisen hat; folglich muß derjenige, der diese Pfändung vollstrecken lassen will, die geschehene Hingabe durch öffentliche Urkunden nachweisen, ehe er vollstrecken lassen kann. Daß dies nicht der Sinn des Paragraphen ist, ergiebt die Konsequenz: dann würde Jedermann, der ein rechtskräftiges Urtheil auf Zahlung gegen Lieferung einer Sache erstritten hat, der also möglicherweise einem widerspenstigen oder insolventen Schuldner gegenübersteht, in die Nothwendigkeit versetzt, diesem Schuldner, dem zu trauen er keine Veranlassung hat, die Sache zu überliefern, um darüber eine öffentliche Urkunde sich zu beschaffen — und wegen des Gegenwerthes hätte er das Nachsehen. Es würde gerade nicht das erreicht, was zu erreichen ist, nämlich Zug-um-Zug-Leistung. Das kann der Sinn des Gesetzes nicht sein. Der § 664 bezieht sich vielmehr ausschließlich auf Fälle der Vorleistung. Wenn Jemand verurtheilt wird, 3000 Mk. Baugelder herzugeben, sobald der erste Stock eines Hauses vollendet ist — ich erinnere Sie an einen unsrer früher besprochenen Fälle[2]) — dann ist klar: die 3000 Mk. brauchen erst gezahlt zu werden, wenn der Stock vollendet ist. Den Beweis dieser Thatsache beschafft sich der Kläger durch eine über die Vollendung des ersten Stockes ausgestellte öffentliche Urkunde, die dem Gerichtsschreiber vorgelegt wird, damit er die Vollstreckungsklausel ertheile; daraufhin wird dann gepfändet. Aber man hat noch einen anderen Paragraphen der C.P.O. herangezogen, aus welchem zu schließen sei, daß im Sinne der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung immer zu einer Vorleistung werde, nämlich den § 779, welcher sagt:

---

[1]) Siehe oben S. 139. — [2]) Siehe oben S. 37.

„Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist."

Hier wird von einem Urtheile auf Leistung gehandelt, aber ausnahmsweise die Leistung, wenn sie unterbleibt, nicht durch den Gerichtsvollzieher erzwungen, sondern mit der Rechtskraft als geschehen angenommen. Das müssen wir bei Urtheilen, die sich auf Abgabe einer Willenserklärung richten, für sehr verständig erkennen; denn es ist unnütz, die Partei noch zu einer Erklärung zu nöthigen, wenn der Richter ausgesprochen hat, sie solle die Erklärung abgeben, und wenn dies Urtheil rechtskräftig geworden ist. Ebenso hätte das Gesetz sagen können: die Erklärung wird überflüssig durch den Spruch des Richters. Nun argumentirt man:

Bei Verurtheilung zur Abgabe einer von einer Gegenleistung abhängigen Willenserklärung soll nach § 664 zu verfahren sein. Also hat derjenige, der das Urtheil auf Abgabe der Willenserklärung erstritten hat, seinerseits seine Gegenleistung durch eine öffentliche Urkunde zu bescheinigen. Dann tritt mit Vorlage dieser Bescheinigung die Wirkung ein, daß das Urtheil die Rechtskraft beschreitet, daß also die Willenserklärung für abgegeben gilt. Hier wird allerdings die Gegenleistung, die gegen die Willenserklärung gewährt werden soll, zu einer Vorleistung. Aber das ist ganz folgerichtig und konnte geschehen, weil die andere Leistung, die Willenserklärung, überhaupt nicht zu erfolgen braucht, also auch nicht etwa zur Nachleistung wird, deren Nichtleistung der Gläubiger zu fürchten hätte, sondern weil in demselben Augenblicke, in welchem die vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils ertheilt wird, die Erklärung als abgegeben gilt. Es tritt niemals der Fall ein, daß der betreibende Theil, der Sieger im Prozeß, genöthigt würde, nach seinerseits bewirkter Leistung zu riskiren, daß sein Gegner seine Leistung etwa nicht mache: der Gegner hat keinerlei Leistung mehr zu machen, sie ist geschehen ipso iure, sobald das Urtheil vollstreckbar ausgefertigt wird. Diese Entscheidung paßt also nicht auf andere Fälle der Zug-um-Zug-Leistung, in denen die Gegenleistung zur Vorleistung würde, ohne daß der betreibende Theil in seinen berechtigten Interessen gesichert wäre.

Folglich gilt für die Fälle, in denen der betreibende Theil dadurch gefährdet wird, daß er eine Vorleistung macht, der Satz des § 779 nicht, und es muß daran festgehalten werden, daß in unserm Mantelfalle die Leistung der 94,60 Mk. nur „gegen Rückempfang des Mantels" zu geschehen hat.

Zum Glück kommen Pfändungen, bei denen es sich um Gegenleistungen handelt, ziemlich selten vor und noch seltener Streitigkeiten darüber, ob die Gegenleistung ausweislich des Urtheils die richtige sei. Aber wenn einmal ein solcher Fall vorkommt, wird er schwerlich so entschieden werden können, wie das Urtheil e ihn entschieden hat. Das Urtheil e sagt: der Schneider muß die 94,60 Mk. zahlen, ganz abgesehen davon, ob er den Mantel zurückerhält oder nicht. Das wird folgendermaßen begründet:[1]) Zunächst heißt es, durch das Urtheil c sei der Vertrag „für aufgehoben erklärt". Es findet sich aber in jenem Urtheil c keine Silbe darüber, daß der Vertrag aufgehoben sei; das Urtheil c verurtheilt den Kläger Klei lediglich zur Rückzahlung des auf seinen Antrag vorläufig gepfändeten Preises, den nach dem erstinstanzlichen Urtheil a die Beklagte Boos schuldig sein sollte. Es wird dann im Urtheil e fortgefahren. „Das Urtheil (c) hat die Bedeutung, daß Kläger den untüchtig gelieferten Mantel wieder zurücknehmen und die Beklagte die 94 Mk. herausgeben muß". Richtiger wäre es gewesen, genau den Inhalt des Urtheils c zu wiederholen: „gegen Herausgabe des Mantels" sei der Kläger verurtheilt, die 94 Mk. zu zahlen; denn so sagt das Urtheil c wörtlich. Dann heißt es weiter im Urtheile e: „Das schließt die Meinung aus, als sei die Rückgabe des Mantels eine Gegenleistung der Rückzahlung". Das Urtheil c schließt aber diese Meinung mit nichten aus, es sagt vielmehr umgekehrt, daß die 94 Mk. nur gegen Herausgabe des gelieferten Mantels zurückgezahlt werden sollen. Noch merkwürdiger ist der weitere Satz des Urtheils e, die Erfüllung könne die Beklagte Boos selbst dann fordern, wenn gar nichts herausgegeben würde. Es ist räthselhaft, wie Jemand ein Urtheil, das dahin geht:

> „Kläger hat der Beklagten 94 Mk. gegen Herausgabe des gelieferten Mantels zu zahlen,"

dahin interpretiren kann, der Kläger müsse zahlen, auch wenn nichts herausgegeben würde. Noch räthselhafter ist der letzte Theil des

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 12.

Urtheils e, soweit er die bei der „Wandlungsklage" geltenden Rechtssätze heranzieht, als hätten wir es hier mit einer solchen Klage zu thun. Einem großen Theil der Herren wird bekannt sein, was eine Wandlungsklage ist: sie setzt voraus, daß ein Kauf stattgefunden hat, daß aus diesem Kaufe überliefert ist, und daß nachträglich der Empfänger findet, es seien Fehler an der Sache, wegen deren die Wandlung, d. h. die Rückgängigmachung des Geschäfts verlangt werde. In keinem der Urtheile a bis d ist von einer Wandlung die Rede; denn die Frau Voos hat den Mantel nicht abgenommen, sie hat von vornherein erklärt, sie nehme ihn nicht an; er ist nur in ihre Hände gekommen durch die vorläufige Vollstreckung des die Beklagte gegen Empfang des Mantels zur Preiszahlung schuldig sprechenden Urtheils a. Nun beruft sich das Urtheil e auf drei Entscheidungen höchster Gerichte. Der Hinweis auf diese Entscheidungen ist von mir absichtlich in das Druckblatt e mit aufgenommen, weil darin ein Beweis liegt, wie leicht Gerichte sich veranlaßt sehen, Präjudicien heranzuziehen, ohne die konkrete Sachlage genügend zu prüfen; denn keines dieser drei Präjudicien paßt auch nur entfernt auf unsern Fall. Schwerlich haben Sie Alle die Erkenntnisse des Näheren angesehen, durch welche das Gericht glaubt seine Entscheidung rechtfertigen zu können. In der zunächst citirten bei Striethorst abgedruckten Obertribunalsentscheidung handelt es sich um Folgendes: Ein Bauer hat gewisse Grundstücke nebst einer Schankgerechtigkeit für 1500 Thaler verkauft. Nachher stellt sich heraus, daß die Schankgerechtigkeit durch die Gewerbeordnung aufgehoben war, und daß Jedermann gegen polizeiliche Erlaubniß brauen darf. Der Käufer sagt: „Ich bin lädirt; die mir mitverkaufte Gerechtigkeit existirt nicht, wie ich sie gekauft habe; die Grundstücke sind nur 70 Thlr. werth; ich brauche also die eingeklagte Summe nicht zu bezahlen". Es fragt sich also: Ist nach dem Vertrag die frühere ausschließliche Schankgerechtigkeit als wesentlicher Gegenstand des Kaufs zu betrachten, und muß der Verkäufer dafür einstehen? Man mag diese Frage beantworten, wie man will, es wird unmöglich sein, aus der Antwort irgend Etwas herzuleiten, was für die Frage Ausschlag gebend wäre, ob Klei nur gegen Rückempfang des Mantels zahlen muß oder auch ohne dies.

Die zweite citirte Entscheidung ist eine Entscheidung des Oberhandelsgerichts und betrifft einen Pferdekauf. Das verkaufte Pferd

war krank. Der Käufer sah den Fehler nicht; das Pferd krepirte; vorher hatte der Käufer aber gesagt: „Ich will wandeln; du kannst das Pferd wieder bekommen". Nun bestimmt das A.L.R.: Die Wandlung setzt voraus, daß der Käufer die Waare zurückgeben kann,[1]) ist also der Gegenstand nicht mehr vorhanden, so kann nicht mehr zurückgegeben werden; die Wandlung ist ausgeschlossen. Es giebt jedoch hiervon Ausnahmen, nämlich wenn die Sache an dem Fehler zu Grunde ging, der den Anlaß zur Wandlung giebt, oder wenn die Absicht zu wandeln rechtzeitig (vor dem Untergang der Sache) erklärt ist. Diesen letzteren Satz enthält die dritte citirte Entscheidung. Welche Gemeinschaft haben aber in aller Welt diese Fälle mit unserm Mantelfall?

Der Schluß des Urtheils e sagt, daß der Kläger die 94 M. zurückzahlen müsse, und daß ihm nur das Recht zustehe, seinerseits einen Entschädigungsanspruch zu erheben, wenn er glaube, daß die Beklagte die Verschlechterung des Mantels, den das Gericht im Besitze der Beklagten beläßt, zu vertreten habe. Das Urtheil vertröstet also den Kläger auf eine neue Klage, die ihm vorbehalten bleibe.

Ob noch weitere Prozesse zwischen den Parteien sich entwickelt haben, weiß ich nicht. Das Resultat des mit der Verkündung rechtskräftigen Urtheils e ist:

Die aufgehobene Pfändung hat ihren Fortgang, damit Klei die 94 Mk. an die Frau Boos zurückzahlt; die ihm abgenommenen Möbel werden verkauft. Aus dem Erlöse erhält Frau Boos ihr Geld. Sie hat zwar den Mantel in ihrem Besitze, darum bekümmert sich das Gericht aber nicht. Mag der Schneider den Mantel in einem ferneren Prozeß sich erstreiten. Ist der Mantel verschlechtert, dann hat der Schneider außerdem noch einen Entschädigungsanspruch. In Folge der bis jetzt geführten Prozesse ist Klei seinen Mantel los, er ist das dafür erhaltene Geld los, und er ist seine Möbel los; denn sie sind, wie bei jedem exekutionsweisen Möbelverkauf angenommen werden darf, mit großem Verlust versteigert. Dafür bleibt ihm die frohe Aussicht, auf Rücklieferung des Mantels und auf Entschädigung wegen dessen Verschlechterung zu klagen. Sehr befriedigend werden wir dies Resultat nicht finden.

Eine der gelieferten Arbeiten stellt sich, wie das Urtheil e, auf

---

[1]) A.L.R. Thl. I Tit. 5 §§ 326, 327.

den Standpunkt, daß die Pfändung der Möbel gerechtfertigt sei und ihren Fortgang haben müsse, aber aus wesentlich anderen Gründen als jenes Urtheil, aus Gründen, die immerhin nicht durchaus verwerflich sind. Es wird ausgeführt: drei Einwendungen erhebe der Schneider; die ersten beiden Einwendungen (daß der Mantel ein andrer als der gelieferte und daß er beschmutzt sei) gehörten nicht hierher; sie fielen unter § 685 C.P.O. Es hätte deshalb der Schneider eine Beschwerde erheben müssen, während er eine Klage erhoben habe, also sich auf § 686 stütze. Was aber das Abgetragensein des Mantels betreffe, so erscheine die Berufung darauf allerdings als eine Einrede, die der Gepfändete im Wege der Klage geltend machen könne, diese Einrede setze zu ihrer Begründung jedoch voraus, daß sie nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sei. Nirgends behaupte Klei, daß der Mantel erst nach der letzten mündlichen Verhandlung abgetragen sei, also komme seine Einrede nicht in Betracht. Allerdings ist richtig, daß nur solche Einwendungen eine Klage geben, die nach Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sind; es ist ferner richtig, daß es nicht genügt, wenn der Schneider sagt: „Ich habe das Abgetragensein des Mantels jetzt erst erfahren und kann es deshalb jetzt erst geltend machen.“[1]) Die Einrede muß, um im Sinne des § 686 noch nach dem Urtheile zugelassen zu werden, nach Schluß der Verhandlung entstanden sein. Da das vorliegend nicht der Fall ist, wird Klei — so schließt die Arbeit weiter — mit seiner Einrede enthört. Dabei ist aber nicht erwogen, daß doch Klei nur gegen Rückempfang eines neuen Mantels 94 Mk. zahlen soll, und daß ihm stattdessen ein abgetragener geliefert wird. Dieser Gesichtspunkt mußte erörtert werden; hier liegt der Kern der Sache. Das Mindeste, was Klei billigerweise verlangen kann, ist, daß ihm die Möglichkeit eröffnet wird, nachzuweisen, die gegen ihn vollzogene Pfändung widerstreite der gerichtlichen Entscheidung, weil ihm gegen die schuldigen 94 Mk. etwas Anderes geliefert werden solle, als er zu beanspruchen habe.

Durch das, was Frau Boos schließlich über die gegenwärtige Beschaffenheit des Mantels vorgebracht hat, kommt auch noch ein neuer Gesichtspunkt zu Tage. In der Vorinstanz hat die Zeugin O. nach Ansicht des Gerichts den Beweis erbracht, daß der vom Gerichts-

---

[1]) Vergl. oben S. 206.

diener angebotene Mantel ein abgetragener und zerrissener Mantel sei. Jetzt in der zweiten Instanz erbietet sich die Beklagte zum Beweise, der Mantel sei in diesen Zustand durch die vielen Umänderungen gekommen, die der Kläger vorgenommen habe, um den Mantel passend zu machen; der über Jahr und Tag alte Mantel könne in Folge dessen nicht mehr als neu gelten. Damit spitzt sich die Sache darauf zu, daß der Streit eigentlich nur noch darin besteht: ist der dem Schneider bei der Pfändung angebotene, nicht mehr neu, sondern als gebraucht erscheinende Mantel in diesen Zustand dadurch versetzt, daß ihn die Wittwe Boos getragen oder dadurch, daß ihn der Schneider Klei vielfach umgeändert hat. Hierzu würden noch die in der Berufungsinstanz benannten Zeugen zu hören sein. Sollte ihre Aussage den in der Vorinstanz als geführt angenommenen Beweis erschüttern, so müßte es bei der Pfändung verbleiben, sollte dagegen durch die Aussage der Zeugen das Beweisresultat erster Instanz sich nicht ändern, so wäre die Berufung gegen das Erkenntniß d zurückzuweisen.

Blicken wir auf das Schicksal des Prozesses zurück, wie wir ihn in den Druckblättern vor uns haben, so hat er gespielt von November 1883 bis Juni 1885; das sind beinahe zwei Jahre. Fünf Urtheile sind ergangen. Das erste Urtheil (a) war fehlerhaft, indem es die Empfängerin verurtheilte, den Mantel zu nehmen, obwohl er anders bestellt als geliefert war. Während die Berufungsfrist noch schwebte, hat der Schneider die vorläufige Vollstreckung erwirkt, und diese ist der Anlaß aller Schwierigkeiten geworden. Es wäre vorsichtiger gewesen, wenn Klei den Ablauf der Berufungsfrist oder den Ausgang der Berufung abgewartet hätte. Dazu hätte ihm sein Anwalt rathen sollen. In der Berufungsinstanz ist denn auch (durch das Urtheil b) Abweisung der Klage erfolgt und zwar rechtskräftig, so daß damit der Schneider erfuhr, er habe kein Recht auf Vollstreckung. Dies Urtheil b, welches die Klage abwies, war wiederum fehlerhaft; es war unvollständig, indem es vergaß, die Rückzahlung des voreilig gepfändeten Kaufpreises anzuordnen, wie die Beklagte gebeten hatte. Das Ergänzungsurtheil c sodann war irrig in der Kostenfrage, irrig in der Anordnung vorläufiger Vollstreckbarkeit. Die Pfändung, welche auf Grund dieses Urtheils c erfolgte, hatte ihre Bedenken, weil sie ohne Rücksicht auf die Behauptung des Gepfändeten geschah, daß der Mantel ein ganz andrer sei als der gelieferte. Die hierdurch ver-

anlaßte neue Verhandlung läßt es im Unklaren, ob das Gericht den vom Schneider Klei gestellten „Antrag" für eine Beschwerde aus § 685 C.P.O. oder für eine Klage aus § 686 hielt, und das am meisten der Sachlage entsprechende Urtheil d wird schließlich durch das Urtheil e des Berufungsgerichts in das jedem Rechtsgefühl widersprechende Gegentheil verkehrt.

Vom menschlichen Standpunkt aus betrachtet scheint im Ganzen und Großen mehr das Unrecht als das Recht zum Siege gekommen zu sein. Ihnen Allen wird ein gewisses Mitgefühl gegen den Schneider nicht ganz fremd sein. Innerhalb dreier Tage hat er mit möglichstem Fleiße den bestellten Mantel geliefert; als Preismaximum waren ihm 115 Mk. festgesetzt, er forderte nur 90 Mk.; das wird selten vorkommen. Was die Empfängerin an dem Mantel auszusetzen hatte, waren Kleinigkeiten; es hätte ihr nicht viel geschadet wenn sie ihn 1 cm kürzer als sie bestellte, und mit anderen Knöpfen getragen hätte, als sie wünschte; schwerlich wäre sie deshalb der Lächerlichkeit der Straßenjugend anheimgefallen. Der Schneider hätte aber seinerseits klüger gethan, nicht so eifrig seinen Kaufpreis beizutreiben. Wenig erfreulich ist es, daß mit dem Schlußurtheil e die Sache nicht viel weiter ist, als zu Anfang. Denn die Parteien stehen vor einem, wenn nicht vor zwei neuen Prozessen. Die Sache hat gespielt in acht Verhandlungsterminen, ungerechnet die verlegten. Es hat sich weiter eine Kostenlast für den Schneider ergeben von 133 Mk. Fehler sind nach allen Richtungen von allen am Prozesse Betheiligten gemacht worden. Wir als Juristen müssen uns gestehen, daß sicher Kläger wie Beklagte wenig erbaut von den Erfahrungen sein werden, die sie in diesem Rattenkönig von Prozessen gemacht haben. Solche Erfahrungen erregen mit Fug die Unzufriedenheit der Rechtsuchenden. Deshalb habe ich Ihnen — „zu abscheulichem Exempel", wie eine Floskel der altdeutschen Straferkenntnisse lautet — den Fall vorgelegt. Das Resultat für unsern Schneider ist sicher, daß er sobald nicht wieder einen Prozeß beginnt. Vielleicht hat auch die Empfängerin des Mantels an den Schwierigkeiten, die sich ihr in den Weg legten, gelernt, daß es nicht räthlich sei, sich um solcher Bagatellen willen in einen Prozeß einzulassen. Das Gericht aber hätte jedenfalls eine geschicktere, raschere und sachgemäßere Erledigung herbeiführen können und müssen.

---

Der heute neuvertheilte Rechtsfall IV[1]) handelt auch von einem Mantelkauf, spielt aber auf einem ganz anderen Gebiete als der Rechtsfall III. Ihr Augenmerk bitte ich namentlich auf den unter der Linie abgedruckten Art. 47 des Handelsgesetzbuches zu richten und sich zu fragen, ob Sie ihn klar und sprachrein redigirt finden, eventuell wie er etwa besser zu fassen sei. Zugleich aber bitte ich, den ebenfalls mitabgedruckten Art. 49 des Handelsgesetzbuches in Vergleich zu ziehen und bei der Beurtheilung des Falles zu beachten.

Die Kritik des Art. 47 eignet sich sehr wohl zum Gegenstand besonderer schriftlicher Bearbeitung.

---

[1]) Siehe Beilageheft Seite 13.

# 11.

„Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem[1])", gesetzeskundig ist nicht der, der sich an die Worte des Gesetzes hält, sondern an deren Sinn. Dies Motto hat einer der Herren Studiosen an die Spitze seiner für heute von mir durchgesehenen Arbeit gestellt, als hätte er geahnt, wozu ich den Ihnen mitgetheilten Fall IV. benutzen wollte. Es kam mir darauf an auseinanderzusetzen, welche Bedeutung für den Juristen darin liegt, in den Willen des Gesetzgebers einzudringen, wie vor mehr als tausend Jahren laut obigen Satzes Celsus im Pandektentitel de legibus, übrigens auch ein moderner Celsus in unserem Handelsgesetzbuche uns lehrt, indem er fast wörtlich dasselbe sagt, wie der römische Celsus, nämlich daß „bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften hat."

Mit diesen deutschen und diesen lateinischen Worten sind zugleich die beiden Arten von leges bezeichnet, denen der Jurist (Anwalt wie Richter) vorzugsweise sein Augenmerk zuzuwenden hat: zunächst das, was wir im gewöhnlichen Sinne des Wortes lex nennen, eine für die Staatsbürger maßgebende Vorschrift der Staatsgewalt, und dann, was wir außerdem in der Rechtssprache lex nennen, lex contractus, d. h. die lex, die die Parteien durch ihre Verhandlungen ihren eigenen Rechtsverhältnissen gesetzt haben, die eine wie die andere lex für den Richter und den Anwalt in gewissem Sinne gleichmäßig bindend. Denn, ob der Richter die lex auszulegen hat, welche in einem Vortrage enthalten ist (vorausgesetzt, daß ihr an sich rechtliche Giltigkeit beiwohnt), oder ob er die lex zu beurtheilen hat, die in den Pandekten, im A.L.R., im Code civil oder sonstwo steht — seine geistige Thätigkeit ist dabei genau dieselbe, und seine Aufgabe besteht im

[1]) l. 17 D. d. legibus (1, 3).

Wesentlichen darin, eines Anderen Willen zu erforschen, in eines Anderen Willen sich hineinzudenken. Wie das im gewöhnlichen Leben schon seine Schwierigkeiten hat, wie eine Masse Mißverständnisse und Differenzen tagtäglich nur dadurch entstehen, daß einer sich nicht in die Verhältnisse und Auffassungen des Anderen hineinzudenken vermag, gerade so geht es dem Anwalt und dem Richter, wenn er sich den Willen des Gesetzgebers oder den Willen der Partei klar machen soll, der für einen bestimmten Fall durch eine lex festgelegt ist.

Wer die Kunst versteht, in dem Willen dieses Anderen sich rasch und sicher zurecht zu finden, sei es in dem Willen des Staates als des Generalgesetzgebers, sei es in dem Willen der Partei als des für ihre Vertragsangelegenheiten entscheidenden Spezialgesetzgebers, von dem sagt man, er habe eine gute, eine leichte, eine scharfe Auffassungsgabe, und eine solche Auffassungsgabe ist ein sehr wesentliches Erforderniß für einen tüchtigen Juristen, neben einem gesunden Rechtsgefühl vielleicht sogar das wesentlichste.

Sie erstaunen gewiß, daß ich Angesichts des einfachen Falles, der Ihnen vorgelegt ist, zu dieser Erörterung komme. Wie giebt dieser Fall zu einer so weit greifenden Erörterung überhaupt Anlaß? In dem Falle handelt es sich um Folgendes: Ein Kaufmann, anscheinend ein Großhändler, hat eine Quantität Mäntel an einen anderen Kaufmann, anscheinend einen Kleinhändler, verkauft; Lieferung, Preis, Kauf, Alles steht fest. Es ist auch Alles bezahlt bis auf einen einzigen Mantel, der für 16 Mk. verkauft ist. Der Großkaufmann klagt den Restpreis der Gesammtlieferung mit 16 Mk. ein, der Kleinkaufmann erwidert: „Ich habe ja mit deinem Reisenden verabredet, der Kauf dieses Mantels solle rückgängig werden, wenn ich dafür andere Bestellungen machte." Diese angeblich mit dem Reisenden getroffene Abrede bestreitet der Kläger. Das ist der ganze Sachverhalt.

Fragen wir zunächst: Was ist für die Beantwortung des Antrags, den der Kläger an das Gericht stellt, nämlich den Beklagten zu 16 Mk. zu verurtheilen, die entscheidende Frage in diesem Prozesse? Was ist cardo rei? Mir wird die Antwort: „Gehört es zum Geschäft eines Reisenden, Kaufverträge rückgängig zu machen?" Das erschöpft die Sache noch nicht. Die Antwort wäre wohl allgemeiner zu fassen. Ich höre Sie sagen: „Ist Beklagter verpflichtet, den Mantel zu bezahlen?" Darin läge aber nur eine Wiederholung der

im Klagantrage dem Richter gestellten Frage. Die zutreffende Formulierung scheint: „Ist der Kauf aufgelöst oder nicht?“ Darin werden Sie auch die zuerst gestellte Frage als Unterfrage enthalten finden, ob der Reisende befugt ist, Kaufverträge rückgängig zu machen. Diese Frage liegt uns vorläufig noch fern. Wir wollen die Frage so festhalten, wie wir sie zuletzt gestellt haben: „Ist der Kauf aufgelöst?“

Um diese Frage zu beantworten, wird es nützlich sein, den an sich schon einfachen Fall noch etwas mehr zu vereinfachen. Es steckt eine Nuß darin, die zwei Kerne hat. Schälen wir den einen Kern heraus und zwar dadurch, daß wir den Reisenden vorläufig gänzlich beiseite lassen und es so ansehen, als ob nicht der Reisende die behauptete Verabredung getroffen haben solle, sondern der Kläger selbst. Ist die Klage unbegründet, wenn Kläger und Beklagter die Verabredung in Wahrheit getroffen haben? Da möchte ich auch einmal die Antwort hören, die dem natürlichen Verstande, losgelöst von juristischen Subtilitäten entspricht. Sie wird mir dahin:

„Es muß bewiesen werden, daß der Beklagte nachträglich für 16 Mk. Bestellungen gemacht hat.“

Die Antwort kann befriedigen, aber der Ausdruck ist doch nicht ganz genau. Beweisen muß man erst, wenn der Gegner bestritten hat. Besser war zu sagen: der Beklagte hat darzulegen, daß er für 16 Mk. weitere Bestellungen gemacht hat. Das hat er nicht gethan; von solchen nachträglichen Bestellungen sagt Beklagter kein Wort. Wie ist die Sache nun zu behandeln? Was der Beklagte behauptet, genügt nicht, um seine Bitte zu rechtfertigen, daß der Klagantrag zurückgewiesen werde. Weil darum der Beklagte seine Einrede nicht ausreichend begründet hat, wird er verurtheilt. Nein, wird mir entgegengehalten, der Richter fragt erst, ob die Bestellungen gemacht sind. Sagt auf die Frage des Richters der Beklagte: „das kann ich nicht behaupten“, dann wird er verurtheilt, weil er eine Einrede vorgebracht hat, die nicht genügend begründet ist. Wir haben mit diesen Ausführungen bereits den rechtlichen Charakter dessen bezeichnet, was der Beklagte vorgebracht hat. Wir sind über die Fragen hinweggegangen: qualis sit actio? actio an sit fundata? Es ist die Kaufklage erhoben, und sie ist an sich begründet; darüber sind weitere Worte nicht zu verlieren. Was der Beklagte vorbringt ist ebenso unzweifelhaft eine Einrede im strikten Sinne des Worts. Der

Beklagte sagt: „Es ist zwar richtig, daß alle Thatsachen, welche der Klage zur Begründung dienen, wahr sind, aber ein neues, ein späteres Faktum ist eingetreten, welches die Klage ausschließt“. Kommen wir dahin, daß die Einrede nicht genügend thatsächlich begründet ist, so wäre damit sofort die ganze Sache erledigt. Wir werden, wenn wir uns an das Faktum halten, welches im Thatbestande des Rechtsfalles IV vorgetragen ist, sagen: Sowohl der Richter erster als zweiter Instanz hat fehlgegriffen; es konnte von einem weiteren Verfahren behufs Beweises der Behauptungen des Beklagten nicht die Rede sein; denn die Einrede war nicht begründet. Aber ließe sich nicht vielleicht ein Gesichtspunkt finden, daß ohne Darlegung weiterer Bestellungen die Einrede begründet wäre? Es könnte doch das, was der Beklagte vorbringt, so aufgefaßt werden: „Die Auflösung haben wir verabredet; dabei haben wir eine Bedingung gesetzt, die so unbestimmter Natur ist, daß ihre Erfüllung lediglich meinem guten Willen anheimgestellt blieb; vom rechtlichen Standpunkt kannst du auf die Nichterfüllung der Bedingung dich nicht berufen; der eigentliche Inhalt unserer Unterredung war: der Vertrag über den Mantel ist aufgelöst.“ Solche wegen ihrer Unbestimmtheit möglicherweise bedeutungslosen Redewendungen kommen im täglichen Verkehr mehrfach vor; sie geben keine Einrede. So könnte man auch vorliegend daran denken, daß die Bedingung, anderweite Bestellungen zu machen, nur heißen solle: „ich setze voraus, daß du ferner bei mir kaufst, und unter dieser Voraussetzung nehme ich den gekauften Mantel alsbald zurück.“ Juristische Bedeutung hätte dann die Bedingung nicht. Aber so ist hier der Willen der Parteien keineswegs zu verstehen. Wenn wir uns in ihre Lage hinein versetzen, so wird schwerlich der Reisende, sofern er sich überhaupt befugt hielt, einen von seinem Prinzipale geschlossenen Kauf aufzuheben, es dabei in das freie Belieben des Käufers gestellt haben, den durch die Auflösung des Kaufes dem Prinzipale erwachsenden Schaden auszugleichen. In der gestellten Bedingung: „wenn Beklagter seinerseits Bestellungen dafür macht“, erscheint dann das Wort „dafür“ keineswegs bedeutungslos, es giebt der Abrede erst ihre wesentliche Bestimmung. Meine heutige erste Frage erhielt deshalb auch sofort die ganz richtige Antwort[1]). „Der

[1]) Siehe oben S. 231

Beklagte hat versprochen, für 16 Mark andere Einkäufe zu machen." Wenn der Beklagte lediglich gesagt hätte „Ich will andere Bestellungen machen", dann hätte er auch für weniger als für 16 Mk. bestellen können. Der Reisende will aber bewirken, daß der Umsatz seines Prinzipals ungeschmälert bleibt. Der Beklagte soll bis auf Höhe von 16 Mk. anderweite Bestellungen machen. Das erscheint auch genügend bestimmt, um darauf eine Einrede zu gründen. Es ist also vom Beklagten weiter zu verlangen, daß er die Bedingung als eingetreten darlegt. Nur könnte man von dem Erfordernisse dieser Darlegung immerhin eine Ausnahme zulassen. Ob sie vorliegend Platz greift, läßt der Thatbestand des Urtheils nicht erkennen. Sie werden darin vielleicht mit mir jede Zeitangabe vermißt haben; es ist weder gesagt, wann der Hauptvertrag geschlossen ist, noch wann die spätere angebliche Verabredung statthatte. Das ist an sich schon von Bedeutung; hier aber tritt noch ein besonderer Umstand hinzu, der die Zeitangabe unentbehrlich erscheinen läßt. Gesetzt, die Vereinbarung mit dem Beklagten: „der Kauf soll aufgelöst sein, wenn der Beklagte für 16 Mk. anderweitige Bestellungen macht", ist getroffen wenige Tage, ehe der Prozeß verhandelt wird. Beklagter hat noch keine Bestellung gemacht. Wird der Beklagte verurtheilt werden? Schwerlich! Der Richter sagt sich: es versteht sich von selbst, daß der Beklagte mindestens eine mäßige Frist haben muß, um sich über die anderweitige Bestellung schlüssig zu machen. Also gegenwärtig hat der Kläger noch nicht das Recht, die 16 Mk. zu verlangen.

Nehmen wir nun an, es hat der Beklagte, weil ihn der Richter pflichtgemäß im Termine auf die Lücke seines Vorbringens aufmerksam gemacht hat, die fehlende Behauptung, daß Bestellungen anderweit gemacht seien, nachgeholt, indem er sagt: „an demselben Tage an welchem die Verabredung getroffen ist, habe ich für 16 Mk. Mäntelstoff einer bestimmten Sorte bestellt." Dann haben wir uns zu der zweiten Frage zu wenden: Wie ist es mit der Rechtsgiltigkeit dieser Verabredung, wenn sie nicht der Kläger selbst, sondern dessen Reisender getroffen hat? Hiermit tritt der Fall in ein Gebiet des Rechts ein, das von außerordentlicher Bedeutung ist. Es schiebt sich zwischen die zwei kontrahirenden Theile ein Dritter. Die Mitwirkung Dritter beim Abschlusse von Rechtsgeschäften, die „Vertretung durch Dritte" spielt im Rechtsleben eine große Rolle, und die schwierigsten Fragen

knüpfen sich daran. Nicht blos fragt es sich: Wie stehen die Handlungen des Vertreters zum Vertretenen, muß der Vertretene die Handlung seines Vertreters für sich gelten lassen, sondern es fragt sich auch, wie steht der Dritte und der Vertreter zu einander? Solche Vertretungen spielen vor Allem eine Rolle im Handelsverkehr, in demjenigen Verkehr, mit welchem unser H.G.B. sich befaßt, das ja nichts Anderes ist, als ein trefflich ausgearbeiteter Theil unseres Obligationenrechts. Unser H.G.B. hat einen Abschnitt, dem jener auf Ihrem Druckblatt mitgetheilte Art. 47 angehört; der Abschnitt ist überschrieben: „Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten." Wir werden sehen, daß die Vertretung im Handelsverkehr eine außerordentlich verschiedene sein kann, und wir werden 6, ja 7 verschiedene Sorten der im Handelsverkehr vorkommenden Vertreter kennen lernen.

Der erste ist der Prokurist. Er ist das alter ego des Vertretenen. In vielen Handelsbetrieben pflegt eine ganze Reihe von Personen thätig zu sein. Deshalb ist es von Werth zu wissen, welchen Umkreis von Geschäften der Einzelne vornehmen kann. So handelt denn gerade dieser Abschnitt des H.G.B. von dem im Handelsbetriebe des Prinzipals Angestellten und fragt: welche einzelnen Geschäfte kann der eine oder der andre dieser Angestellten mit Dritten abschließen, so daß das Geschäft gerade so angesehen wird, als wäre es der Vertretene selbst, der es schließt?

Alle diese Leute, welche dem Prinzipale gegenüberstehende Bedienstete sind, könnte man als „Handlungsbevollmächtigte" bezeichnen. Der Prokurist wird jedoch vom H.G.B. besonders ausgeschieden, weil er eine eigenthümliche Stellung einnimmt; er vertritt die ganze Persönlichkeit des Prinzipals, soweit derselbe Kaufmann ist. Da sich aber Handlungsgeschäfte nicht auf Grundstücke beziehen, so bestimmt das H.G.B., daß der Prokurist Grundstücke des Prinzipals nicht verkaufen kann, wenn ihm das nicht speziell übertragen ist. Außerdem aber ist der Prokurist voller Vertreter des Prinzipals. Hierüber handeln die Artt. 41 bis 46 des H.G.B. Dann folgen in den Artt. 47 bis 49 Vorschriften über die Befugnisse der — dem Prokuristen in der Sprache des H.G.B. entgegengesetzten — „Handlungsbevollmächtigten". Der Prokurist ist, da er den Kaufmann als solchen vertritt, sogar befugt das Geschäft seines Prinzipals in ein anderes umzuwandeln; heute ist es eine Modehandlung, und morgen kann es der

Prokurist zu einem Eisenwaarengeschäft machen, weil dies der Prinzipal selbst auch könnte. Deshalb darf der Prokurist alle Geschäfte vornehmen, die der Betrieb „eines" Handelsgewerbes mit sich bringt (Art. 42); der hier vom Gesetze gebrauchte unbestimmte Artikel ist von größter Bedeutung. Nun folgen in der vom majus zum minus herabgehenden Staffel der Handlungsbevollmächtigten diejenigen, die sich befassen mit Geschäften, wie sie im Interesse des Prinzipals der Betrieb seines Handelsgewerbes mit sich bringt (Art. 47). Hier ist das vom Gesetze gebrauchte Possessivum („seines") von ebensolcher Bedeutung wie im § 42 der unbestimmte Artikel. Diese Handlungsbevollmächtigte führen technisch ausschließlich den Namen „Handlungsbevollmächtigte" (im Gegensatz zum Prokuristen). Ihrer giebt es verschiedene Arten. Der Prinzipal kann sich einen Handlungsbevollmächtigten wählen, der ihn in allen Geschäften vertritt, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Wir wollen ihn Generalbevollmächtigten nennen. Der Prinzipal kann ferner einen Handlungsbevollmächtigten wählen, der gewisse Arten von Geschäften des Handelsbetriebes (z. B. nur Einkäufe) vorzunehmen hat: einen Artbevollmächtigten.[1]) Der Prinzipal kann aber auch einen Handlungsbevollmächtigten wählen, den er zwar nur zu einem Geschäft bevollmächtigt, aber derart, daß zur Erledigung dieses Geschäfts immerhin die Vornahme eines ganzen Komplexes von Einzelgeschäften gehört; z. B. er bevollmächtigt Jemanden, auf dem Markt X. das von A. und B. dahin gebrachte Leder anzukaufen. Dann kann dieser Handlungsbevollmächtigte alle Geschäfte vornehmen, die dieser Lederankauf nach gewöhnlicher handelsmäßiger Uebung mit sich bringt. Das könnte man einen Spezialhandlungsbevollmächtigten nennen. Von diesen letzteren drei Sorten der Handlungsbevollmächtigten, und zwar von ihnen ausschließlich, redet der Art. 47. Weiter kann es vorkommen, daß in einem Geschäfte, im Laden des Prinzipals Jemand Verkäufe oder Empfangnahmen vornimmt, der keine Vollmacht hat. Dieser soll nach dem Gesetz „als bevollmächtigt gelten," wenn er im Laden „angestellt" ist, dazu gehört nach feststehender Judikatur nicht, daß er ein Bediensteter ist; „im Laden angestellt" sind auch dort amtirende Angehörige des Prinzipals, z. B. seine Kinder, seine Ehefrau. Wir wollen sie in der Skala der

[1]) Diese Bezeichnungen braucht passend Gareis, Handelsrecht § 20 (4. Aufl. S. 109).

Vertreter des Prinzipals „Angestellte" nennen. Sie gehören nicht zu den Handlungsbevollmächtigten; denn sie haben keine Vollmacht, aber sie gelten als bevollmächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen. Endlich kann es vorkommen, daß der Kaufmann, sei es einem seiner Bediensteten, sei es Jemandem, mit dem er in keinem Konnexe steht, ein Geschäft seines Betriebes aufträgt, welches lediglich darin besteht, eine bestimmte einzelne Handlung vorzunehmen. Dann erstreckt sich die Vollmacht überhaupt nicht auf einen Umkreis von Handlungen. Z. B. der Kaufmann ermächtigt und beauftragt einen seiner Leute oder einen Dritten, eine Kaufofferte mündlich anzunehmen, wenn sie dem Beauftragten annehmbar erscheine. Dieser Beauftragte oder Bevollmächtigte ist aber kein Bevollmächtigter im Sinne des Art. 47, sondern des Art. 298; nennen wir ihn einen Sonderbevollmächtigten. Er wird sachgemäß abgehandelt in dem Kapitel von den Handelsgeschäften, nicht in dem von den Handlungsbevollmächtigten, weil es sich bei ihm nicht fragt, in welchem Umkreis von Geschäften er sich zu bewegen befugt ist. Ob er Bediensteter des Kaufmanns ist oder nicht, ist gleichgültig; Art. 298 scheint sich daher auf beider Arten Personen zu beziehen; Viele nehmen indeß an, Art. 298 beziehe sich nur auf Nichtbedienstete. Wir hätten also sechs, und wenn wir die Sondervollmacht in eine an Bedienstete und eine an Nichtbedienstete gegebene theilen, sogar sieben Sorten von Handlungsbevollmächtigten im weiteren Sinne des Wortes kennen gelernt.

Uns interessirt für unseren Fall nur der „Reisende" des Art. 49, der, wie uns dieser Artikel lehrt, ebenfalls „Handlungsbevollmächtigter" ist. Denn es heißt dort: „Die Bestimmungen der beiden vorhergehenden Artikel finden auch Anwendung auf Handlungsbevollmächtigte, welche ihr Prinzipal als Handlungsreisende zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet." Folglich ist im Sinne des H.G.B. der Reisende ein Handlungsbevollmächtigter. Zu welcher der drei Klassen von Handlungsbevollmächtigten des Art. 47 gehört er? Sicher nicht zu der Klasse, die zur Vornahme „aller Geschäfte des Handelsbetriebs", und sicher nicht zu der, die nur „zu einzelnen Geschäften im Handelsbetriebe" bevollmächtigt sind. Demnach ist sofort klar, daß er zu den Art-Bevollmächtigten gehört; denn er hat „eine bestimmte Art von Geschäften" vorzunehmen. Wozu ist er kraft dieser Vollmacht befugt? Sie haben

Art. 47 vor sich, und ich bitte, ihn sich gegenwärtig zu halten. Dieser Art. 47 spricht von den drei Arten der Handlungsbevollmächtigten, indem er sagt:

„Die Vollmacht (der drei Kategorien von Handlungsbevollmächtigten) erstreckt sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt."

Art. 47 will also für drei Kategorien von Personen bestimmen, welche Grenzen ihrer Vollmacht gesetzt sind. Ist aber die Bestimmung, die der Artikel trifft, vollkommen klar, oder hätte sie wohl deutlicher gefaßt werden können und sollen? Ja, kommt man überhaupt nicht erst nach längerer Erwägung zum richtigen Verständniß, und führt die Fassung — selbst bei längerer Erwägung — nicht in die Irre?

Was die Satzkonstruktion betrifft, so sehen wir, daß der Vordersatz drei Alternativen hat; er redet von General-, von Art- und von Spezial-Bevollmächtigten. Diesen drei Kategorien werden ihre Befugnisse in einem Nachsatze zugesprochen, der wieder alternativ gefaßt ist, aber nicht drei, sondern nur zwei Alternativen enthält. Dadurch entsteht nothwendig die Frage: Soll jede der drei Kategorien von Bevollmächtigten die beiden neben einandergestellten Befugnisse oder nur eine Kategorie die eine, und die anderen beiden Kategorien die zweite Befugniß haben? Ferner, wenn das Letztere zu bejahen ist: Welches sind die zwei der drei vorangestellten Kategorien von Handlungsbevollmächtigten, die eine gleichmäßige Befugniß haben sollen, die ersten beiden oder die letzten beiden? Also sprachlich ist der Artikel nicht gelungen, obwohl das H.G.B. im Allgemeinen sich durch vortreffliche Redaktion auszeichnet. Um die Sonderbarkeit der Fassung recht vorgeführt zu erhalten, betrachten wir folgendes analog gebildete Beispiel: „Artilleristen oder Trainsoldaten oder Kavalleristen sind befugt, diesen Weg zum Kanonenfahren oder zum Wagenfahren oder zum Reiten zu gebrauchen." Wenn Sie das hören, werden Sie sagen: auf dem Wege dürfen Artilleristen mit Kanonen fahren, Trainsoldaten dürfen mit Wagen fahren und Kavalleristen dürfen reiten. Es könnte aber auch Jemand meinen: Wenn Artilleristen auf dem Wege mit Kanonen fahren dürfen, so dürfen sie auch darauf reiten; die drei Befugnisse sollen überhaupt jeder der drei Kategorien von Soldaten zukommen. Streichen Sie aber aus diesen drei Befug-

nissen eine heraus und sagen: Artilleristen oder Trainsoldaten oder Kavalleristen dürfen diesen Weg zum Kanonenfahren oder zum Reiten benutzen, so wird die Sache jedenfalls noch viel unklarer. Und diese Fassung ist die des Art. 47.

Noch ein Beispiel! „In diesem Walde dürfen Holzungsberechtigte oder Jagdberechtigte oder Gemeindebürger Holz fällen oder Wild jagen.“ Wozu nach dieser Fassung der Gemeindebürger befugt sein soll, dürfte schwer zu sagen sein. Nun glauben Sie vielleicht: so schlimm ist es mit Art. 47 nicht; den wird Niemand so leicht mißverstehen. Deshalb ist es von besonderem Interesse, daß die Mehrheit der Herren bei Beantwortung der Frage, welche Befugnisse der Reisende hat, durch die Fassung des Artikels auf den falschen Weg gerathen ist und dem Reisenden eine Befugniß zugeschrieben hat, die der Art. 47 ihm nicht hat zuschreiben wollen. Drei der durchgesehenen Arbeiten nämlich haben sich dafür ausgesprochen, daß der Reisende auch die erste der beiden in Art. 47 ausgedrückten Befugnisse haben, also alle Geschäfte des Handelsgewerbes soll vornehmen können, mit anderen Worten, daß der Reisende zu den Generalbevollmächtigten gehöre. Die Schwierigkeit im Verständnisse des Artikels hat darin ihren Grund, daß die Beziehung des Wortes „derartiger“ undeutlich ist. Viel deutlicher würde der Artikel in folgender allerdings etwas weitläufigeren Fassung sein:

„Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung der Prokura zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes bevollmächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt.

Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung der Prokura zu einer bestimmten Art oder zu einzelnen Geschäften in seinem Handelsgewerbe bevollmächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Die genannten drei Arten von Bevollmächtigten sind Handlungsbevollmächtigte im Sinne des H.G.B.“

Mit dieser Gesetzeskritik wollte ich zeigen, wie wichtig eine korrekte Gesetzessprache ist, und wie sehr sie erleichtert, den Willen des Gesetzgebers zu erkennen, um Sie daran zu gewöhnen, bei Fassung von normgebenden Bestimmungen möglichste Vorsicht anzu-

wenden. Wenn Sie auch zu Gesetzentwürfen nicht so bald berufen sein werden, so tritt doch bei Fassung von Vertragsentwürfen, wie sie jedem jungen Juristen begegnen, dieselbe Aufgabe an Sie heran, wie an den Gesetzgeber.

Wir kommen nach allem Gesagten dahin, daß der Reisende als Artbevollmächtigter befugt ist, alle diejenigen Rechtshandlungen vorzunehmen, welche „die Ausführung derartiger Geschäfte" (d. h. der Geschäfte eines Reisenden) „gewöhnlich mit sich bringt." Wenn nichts weiter im H.G.B. stände, so könnten wir sagen, die Ausführung der einem Reisenden obliegenden Geschäfte bringt es mit sich, daß er auch ein Geschäft rückgängig macht und an dessen Stelle ein anderes Geschäft setzt. Es kommt aber Art. 49 hinzu, der sich speziell über einzelne Befugnisse des Reisenden ausspricht. Das hängt damit zusammen, daß es vor dem Zustandekommen des H.G.B. streitig war, was ein Reisender zu thun befugt sei, insbesondere, ob er Zahlungsfristen gewähren und ob er Gelder einnehmen könne. Diese Fragen hat das H.G.B. dahin beantwortet: er ist befugt, aus Kaufgeschäften, die er selbst abgeschlossen hat, Gelder einzunehmen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen. Zahlungsfristen bewilligen ist eine Art Nachlaß gewähren; denn, wer den Kaufpreis auf ein Jahr kreditirt, thut effektiv dasselbe, als wenn er den gegenwärtig fälligen Kaufpreis um den Betrag des Jahreszinses ermäßigt. Kann der Reisende auch nach Art. 49 Geschäfte, die er selbst geschlossen hat, rückgängig machen? Das wird zweifelhaft sein, und ungleich zweifelhafter ist es: ob er etwa gar Geschäfte rückgängig machen kann, die nicht er, sondern sein Prinzipal geschlossen hat. Hat aber das vorliegend fragliche Mantelgeschäft der Prinzipal, oder hat es der Reisende geschlossen? Der Thatbestand ist in dieser Beziehung unvollständig, Es ergiebt sich indeß aus der Berufungsschrift, wo es heißt, das Gericht habe dem Reisenden die Befugniß abgesprochen, Geschäfte rückgängig zu machen, die der Prinzipal geschlossen habe, daß wir es mit einem vom Prinzipal geschlossenen Geschäft zu thun haben. Wir müssen insoweit den Thatbestand ergänzen. Handelt es sich aber um ein Mantelgeschäft, das der Prinzipal geschlossen hat, so werden wir schwerlich annehmen, daß der Reisende das Geschäft auflösen und ein anderes Geschäft an dessen Stelle setzen kann. Wer nicht einmal legitimirt ist, den Kaufpreis aus den vom Prinzipal abgeschlossenen Geschäften einzukassiren oder zu kreditiren, kann doch noch weniger vom

Prinzipal geschlossene Geschäfte rückgängig machen. Mindestens würde darin, daß der Reisende dem Beklagten das Recht einräumt, statt alsbald die 16 Mk. Restkaufpreis zu zahlen, demnächst anderweite Waaren für 16 Mk. zu kaufen, die Bewilligung einer Frist für Zahlung der 16 Mk. liegen, und schon zu dieser Fristbewilligung ist der Reisende nicht befugt. Die Einrede, der Reisende habe das Geschäft rückgängig gemacht, ist also nur dann begründet, wenn weiter dasjenige hinzukommt, was der Beklagte auch behauptet hat: der Prinzipal hat die Rückgängigmachung „ausdrücklich genehmigt." Das ist geleugnet vom Kläger und in erster Instanz zum Gegenstand eines Eides gemacht. Der Kläger hat geschworen: daß er die Vereinbarung seines Reisenden „nicht genehmigt habe."

Ist es richtig, daß, wenn eine Partei behauptet: „dies Geschäft ist vom Gegner ausdrücklich genehmigt," beim Leugnen des Gegners der Eid über eine solche Behauptung aufgelegt wird, und namentlich daß er unter Weglassung des Wortes „ausdrücklich" aufgelegt wird? Ein derartiger Eid hat seine großen Bedenken. Ob ein Geschäft genehmigt ist oder nicht, das ist Sache einer oft nicht einfachen, vielmehr meist recht schwierigen juristischen Beurtheilung. Dies Urtheil auf den Eid einer Partei zu stellen, ist unter Umständen eine Tortur für sie. Es muß der Richter, wenn der Beklagte vorbringt: „das Geschäft ist ausdrücklich genehmigt," vermöge seines Fragerechts die Thatsachen sich angeben lassen, durch welche die Genehmigung erfolgt sein soll. Wir wollen unterstellen, die Partei antwortet: „der Kläger hat, als ihm am 10. Juli 1893 der Reisende mittheilte, er habe das Geschäft rückgängig gemacht, am 12. Juli dem Beklagten brieflich angezeigt, er genehmige das Geschäft". Dann haben wir die thatsächliche Entwickelung der Sache vor uns, und damit fällt der vage Begriff einer „ausdrücklichen" Genehmigung. Auch das A.L.R. braucht zuweilen dieses Beiwort, das der Interpretation mancherlei Schwierigkeiten gemacht hat.

Man kann genehmigen durch Worte, durch konkludente Handlungen, unter Umständen auch durch bloßes Stillschweigen [1]). Sind konkludente Handlungen eine „ausdrückliche" Genehmigung im Sinne des Gesetzes? Jedenfalls darf niemals von einer Partei der Eid verlangt werden, sie habe ausdrücklich genehmigt, oder sie habe nicht

[1]) Ueber die Bedeutung des Stillschweigens siehe unten den Rechtsfall V.

ausdrücklich genehmigt. Erst wenn die Behauptung ausdrücklicher Genehmigung in einer Weise erläutert ist, wie unser Beklagter sie unterstelltermaßen erläutert hat, ist die nöthige Grundlage für die Normirung eines Eides gegeben. Da eine nachträgliche Genehmigung den fehlenden Auftrag ersetzt — ratihabitio mandato aequiparatur —, so gelangt die Sache durch das angebliche Schreiben vom 12. Juli 1893 in dieselbe Lage, als hätte der Prinzipal seinen Reisenden von Anfang an beauftragt, den Kauf des fraglichen Mantels rückgängig zu machen. Beim Leugnen des Klägers hätte dann der Beklagte zu beweisen: 1. daß der Reisende mit ihm am . . verabredet habe, es solle der Kauf des Mantels aufgelöst sein, wenn er (Beklagter) für 16 Mk. anderweite Bestellungen mache; 2. daß der Beklagte an demselben Tage für 16 Mk. Mäntelstoff bei dem Reisenden bestellt habe; 3. daß ihm (dem Beklagten) der Kläger am 12. Juli geschrieben habe, er genehmige die Vereinbarung unter 1.

Ueber die erste Thatsache ist der Reisende als Zeuge benannt und vernommen. Er sagt: „Ich erinnere mich der Sache nicht; es ist möglich, daß ich die Rückgängigmachung vereinbart habe; ich halte mich auch als Reisender dazu für befugt". Welche Bedeutung hat diese Aussage des Zeugen? Zunächst gefällt mir die Protokollirung nicht; es hätte doch etwas mehr aus dem Zeugen herausgebracht werden können. Wie das Protokoll lautet, hat der Zeuge gar nichts gesagt. „Es ist möglich, daß ich die Vereinbarung getroffen habe!" Natürlich ist es möglich, wenn er sich der Sache überhaupt nicht mehr erinnert. Setzt der Zeuge dann weiter hinzu: „Ich hätte mich übrigens zur Auflösung des Geschäfts für befugt gehalten," so ist das eine werthlose Aeußerung über die Auffassung des Reisenden von seinen Befugnissen. Der Beklagte behauptet: Es ist vereinbart; der Kläger sagt: Nein, es ist nichts vereinbart, oder er sagt lediglich — was auch genügt, um die behauptete Vereinbarung als geleugnet anzunehmen —: Ich weiß nichts davon. Der Zeuge bringt also darüber nichts bei, daß der Beklagte eine wahre Behauptung aufgestellt habe. Wie steht der Richter? Er kann, wenn das Ergebniß der Verhandlungen oder einer etwaigen Beweisauflage „nicht ausreichend" ist, um seine Ueberzeugung zu begründen,[1]) seinerseits dem Beweisführer den richterlichen Eid auflegen. Ist in diesem Falle

[1]) C.P.O. § 437.

der Beweis, daß die Rückgängigmachung vereinbart sei, „nicht ausreichend", d. h. ist der Beweis immerhin in etwas geführt? Schwerlich. Man könnte meinen: der Beklagte sagt bestimmt, er habe die Verabredung getroffen; der Kläger weiß natürlich nichts; denn er ist nicht zugegen gewesen; da nun der Zeuge sagt: „es ist möglich, daß ich die Verabredung getroffen habe", so darf der Richter die Verabredung zwar nicht als ausreichend, aber doch als etwas bewiesen annehmen. Gegenwärtig neigt man allerdings vielfach dahin, die freie Beweistheorie soweit auszudehnen. Daß in der früheren Zeit, ehe man sie kannte, hier von einem theilweisen Beweis nicht die Rede sein konnte, ist sicher. Unterstellen wir, der Richter sieht ebenfalls keinen Grund für Auflage des richterlichen Eides, so kommt es auf den eventuell zugeschobenen Eid an. Ueber diesen Eid, überhaupt über die Beweismittel sagt der Thatbestand nichts. Es ist ein großer Fehler, die Beweismittel wegzulassen. Aus dem Thatbestande muß erhellen, ob die Beweisantretung der Parteien erschöpft ist. Damit beantwortet sich zugleich die heute schriftlich eingegangene Frage. Die Beweisantretung gehört in den Thatbestand, weil ihre Kenntniß für die zweite Instanz große Bedeutung hat; denn es kann dahin kommen, den von der ersten Instanz für unwesentlich erachteten Beweis in zweiter Instanz noch zu erheben.[1]) — Nun könnte der Richter, weil vorliegend der zugeschobene Eid zu den Beweissätzen 1 und 2 als Glaubenseid zu formuliren ist, die Meinung hegen, schon deshalb sei es das Richtigere, den Beklagten zum Wahrheitseid, also hier zum richterlichen Eid statt den Kläger zum Glaubenseid zuzulassen. Denn durch Leistung des Glaubenseides erfährt der Richter nur, der Kläger habe nicht die Ueberzeugung, daß die Verabredung mit dem Reisenden getroffen sei,[2]) obwohl der Zeuge sagt: es ist möglich, daß sie getroffen. Denken Sie sich, der Reisende ist ein äußerst gewissenhafter Mann, er will nichts bestimmt sagen, was er nicht bestimmt weiß. Er hat an sich ein gutes Gedächtniß, schreibt auch alle Geschäfte auf. Der Prinzipal hat ihn über die Sache befragt und die Antwort erhalten: „Ich erinnere mich des Geschäftes nicht". Im Reisetagebuch steht auch nichts davon. Dann kann der Prinzipal sagen: „Ich bin der Ueberzeugung, daß eine solche Verabredung nicht getroffen ist; ich werde es mit gutem Gewissen beschwören," und es wird die Sonder-

[1]) Vergl. oben Seite 187. — [2]) Siehe oben Seite 88. 89.

barkeit des Ueberzeugungseids schwinden, dessen Ableistung übrigens den Richter zwingt, die Thatsache, daß das Kaufgeschäft über den Mantel nicht aufgelöst sei, für vollerwiesen zu halten. Der Richter kann nicht etwa sagen: Mag der Kläger, wie er beschworen hat, davon überzeugt sein, daß das Kaufgeschäft nicht aufgelöst worden ist, dieser Ueberzeugung bin ich aber nicht; ich bin vielmehr der gegentheiligen Ueberzeugung.

Unser Druckblatt lehrt uns, daß der Richter sich dahin entschieden hat, den richterlichen Eid dem Beklagten aufzulegen, also ihn schwören zu lassen, daß die behauptete Verabredung getroffen sei. Dann würde an den Beklagten die Pflicht herantreten, den Eid zu leisten, und an den Richter, ihn zu formuliren. Bis jetzt hat aber der Richter nach den vorliegenden Verhandlungen von des Beklagten Persönlichkeit nichts weiter erfahren, als daß er „die Handlung J. C. Borchers" sei. Eine Handlung ist wenig geeignet, Eide zu schwören, folglich steht der Richter vor der Schwierigkeit: Wem soll er den Eid auflegen? Wer ist die Handlung?

Wir berühren damit ein sehr praktisches und interessantes Kapitel, nämlich die Frage: Wie können andere als physische Personen in die Lage kommen, Prozesse zu führen? Unser Recht kennt als natürlichstes Verhältniß, daß alle Befugnisse sich anknüpfen an eine Person, und zwar an eine physische Person. Der Rechtsverkehr hat aber das Bedürfniß erzeugt, auch fingirte Personen zu schaffen, weil es eine Menge Befugnisse giebt und geben muß, von denen man nicht sagen kann, an welche physische Person sie sich anknüpfen. Denken Sie sich, es existirt eine Armenanstalt, eine Krankenanstalt; da sind eine Reihe von Beziehungen unvermeidlich, die in der Hauptsache lediglich dem Zwecke der Anstalt dienen, d. h. solchen Personen, die demnächst von den Wohlthaten der Anstalt Gebrauch machen wollen, also Personen, die zur Zeit unbestimmt sind. Es wäre unmöglich, solche Befugnisse an einzelne physische Personen anzuknüpfen. Aehnlich geht es mit den Zwecken, die der Staat verfolgt. Deshalb hat man zu dem Auskunftsmittel gegriffen, neben den physischen Personen dann, wenn es sich um gewisse Vermögenskomplexe handelt, die den Zwecken unbestimmbarer Personen dienen, diesen Vermögenskomplexen eine Persönlichkeit zuzuweisen, sie als Personen unter der Bezeichnung „juristische Personen" zu fingiren. Das ist zunächst geschehen mit Staat und Kirche als den ältesten juristischen Personen,

davon sind viele andere kleinere Verbände als juristische Personen abgezweigt, Provinzen, Kreise, Gemeinden. Eine ganze Reihe dieser fingirten Personen, die in unserem Rechtsverkehr auftreten, entstand in historischer Entwicklung, und sie sind in ihrer Existenz, ohne daß sie dieselbe von irgend welchem Staatsakt ableiteten, nie bezweifelt worden, eine andere Reihe entstand und entsteht durch einen Akt der Staatsgewalt nach dem Rechtssatz, daß juristische Personen nur existiren, wenn sie vom Staat anerkannt sind.

Neben diesen juristischen Personen und neben den physischen Personen nehmen eine besondere Stellung die Handelsgesellschaften ein, Formen von Personenvereinigungen zu Erwerbszwecken, wie sie in unserm H.G.B. vorkommen. Es ist ein großer Streit, ob Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit haben oder nicht. Sie können jedenfalls klagen und verklagt werden; denn das sagt der Art. 111 des H.G.B. ausdrücklich. Der Name der Handelsgesellschaft ist die Firma, d. h. eine von einem Theilhaber der Gesellschaft hergenommene Bezeichnung mit einem Zusatz, der das Gesellschaftsverhältniß anzeigt. Also die Firma muß zum Ausdruck bringen, daß es sich um eine Handelsgesellschaft handelt. Neben dieser Handelsgesellschaftsfirma kennt das H.G.B. auch die Firma eines Einzelkaufmanns; es ist der Name, unter dem er Handel treibt; daß er unter dem Namen der Firma klagt oder verklagt werden könne, wie dies bei der Handelsgesellschaft der Fall ist, davon sagt das H.G.B. nichts. Also im Handel ist die Firma des Einzelkaufmanns anerkannt als handelsfähig, nicht im Prozeß als prozeßfähig. Man hat nun bei der Handelsgesellschaft die Scheidung gemacht, daß das Vermögen der Handelsgesellschaft vom Vermögen der Gesellschafter separat gehalten wird. Im Gegensatz aber zu den bei einer juristischen Person im Hintergrunde stehenden physischen Personen haftet der Handelsgesellschafter mit seinem ganzen Vermögen, und daneben haftet das Vermögen der Gesellschaft. Daraus folgt, daß man eine besondere Exekution der Gesellschaft und des Einzelnen, einen besonderen Konkurs der Gesellschaft und des Einzelnen kennt. Beim Einzelkaufmann dagegen wird nicht geschieden zwischen dem Vermögen, das er in das Handelsgewerbe steckt, und dem Vermögen, das er nebenher hat. Die Exekution geht nie in das vom Vermögen des Einzelkaufmanns etwa abgesonderte Firmenvermögen; es giebt nur eine Exekutionsmasse, nämlich das Vermögen des Einzelkaufmanns.

Um bei Prozessen gegen Handelsgesellschaften von vornherein die Möglichkeit zu schaffen, wenn es zur Exekution kommt, entweder die Gesellschaft getrennt oder jeden mit seinem ganzen Vermögen haftenden Theilhaber anzufassen, hat man zu dem Mittel gegriffen, in die Rubrik der Klage 1. die Gesellschaft und 2. die einzelnen Inhaber einzufügen, damit die Handelsgesellschaft und zugleich jeder Theilhaber, jeder Beklagte auf das Ganze (d. h. solidarisch) verurtheilt werde. Wenn nicht gezahlt wird, ist der Kläger befugt, nach seiner Wahl entweder das Vermögen der Gesellschaft oder das der Einzelnen, ja sogar, bis er befriedigt wird, gleichzeitig das eine wie das andere Vermögen anzugreifen. Diese Manier, die Klage zu rubriciren, hat man neuerdings aber auch anzuwenden begonnen, wenn es sich um eine Klage gegen einen Einzelkaufmann handelt, indem man dessen Firma und gleichzeitig den Inhaber derselben verklagt. Das Reichsgericht hat sich dahin ausgesprochen, daß eine Klage gegen die Firma eines Einzelkaufmanns und daneben gegen den Einzelkaufmann selbst unstatthaft sei; denn die Exekution gegen die Firma führe zu demselben Resultat als die gegen den Inhaber. Das hätte nie zweifelhaft sein sollen. Kann man doch auch eine physische Person, die unter einem Doppelnamen z. B. Müller alias Schulze, durchs Leben geht, niemals verklagen als 1. den Kaufmann Müller, 2. den Kaufmann Schulze.

Aber auch die Aufnahme der Firma allein in die Rubrik, wie es in unserm Falle Kricker gegen „die Handlung J. C. Borchers" geschehen, ist bedenklich. Dem Richter ist in solchem Falle zu rathen, daß er fragt, wer der Inhaber einer solchen Firma ist, ehe er zur Eidesauflage schreitet. Ueberhaupt ist die Ausdrucksweise „Handlung" zu mißbilligen; sie ist inkorrekt; denn höchstens kennt das H.G.B. eine „Firma" als Prozeßpartei; eine „Handlung" drückt aber nicht aus, daß damit eine „Firma" gemeint sei.

---

Wir hatten uns dahin schlüssig gemacht, daß die Artt. 47. 49 des H.G.B. nicht dem Reisenden die Befugniß ertheilen, Geschäfte, die der Prinzipal abgeschlossen hat, rückgängig zu machen. Damit kamen wir zu dem Resultat, daß die Einrede des Beklagten Borchers nur begründet ist, wenn der Beklagte weiter beweist, der Kläger habe die Vereinbarung genehmigt. So ergaben sich für uns die drei oben[1]) formulirten Beweissätze.

[1]) Siehe S. 241.

Unterstellen wir, daß der Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, daß auch der Eid vom Kläger angenommen ist, nachdem der vernommene Zeuge nichts Genügendes gewußt hat, so ist das Resultat, daß wir zu drei Eiden für den Kläger kommen. Sie haben den drei kumulativ vom Beklagten zu beweisenden Sätzen zu entsprechen. Folglich sind die drei Eide, wenn Sie sich erinnern, was wir früher[1]) über Eidespflicht und Eidesauflage erörterten, in alternativer Fassung aufzuerlegen, d. h. es würde der Kläger zu schwören haben:

entweder „Ich schwöre, ich habe die Ueberzeugung nicht erlangt, daß mein Reisender am . . . mit dem Beklagten die Vereinbarung getroffen hat, der Kauf des in der Klage bezeichneten Mantels solle aufgelöst sein, wenn der Beklagte für 16 Mk. anderweite Bestellungen mache,"

oder „Ich schwöre, ich habe die Ueberzeugung nicht erlangt, daß der Beklagte am . . . bei meinem Reisenden für 16 Mk. Mäntelstoff bestellt hat,"

oder „Ich schwöre, ich habe am 12. Juli 1893 dem Beklagten nicht geschrieben, daß ich die zwischen ihm und meinem Reisenden getroffene Vereinbarung genehmige, der Kauf des in der Klage bezeichneten Mantels solle aufgelöst sein, wenn der Beklagte für 16 Mk. anderweite Bestellungen mache."

Schwört der Kläger einen dieser Eide, so wird Beklagter klaggemäß verurtheilt, verweigert er die Leistung der drei Eide, so wird die Klage abgewiesen.

Das wäre unser Resultat des Prozesses, nachdem wir ihn erst mit Hilfe des richterlichen Fragerechts ordnungmäßig zurecht gelegt haben.

Es erübrigt noch, das Urtheil zum Rechtsfalle Kricker gegen Borchers, das Sie im Druckblatt vor sich haben,[2]) einer Kritik zu unterziehen.

Das Urtheil trägt an seiner Spitze die Worte: „Im Namen des Königs." Das ist nach gesetzlicher Bestimmung die Eingangsformel eines jeden Urtheils Preußischer Gerichte.[3]) Diese Worte sind in den früher Ihnen mitgetheilten Erkenntnissen weggelassen. Hier

---

[1]) Siehe oben S. 5. — [2]) Siehe Beilageheft S. 13.

[3]) Verf.Urkunde vom 31. Januar 1850 § 86.

sind sie aus dem Original zufällig dem Abschreiber in die Feder geflossen, und der Drucker hat sie in fetten Lettern wiedergegeben. Das mag als ein Fingerzeig betrachtet werden, daß wir jenen Worten eine besondere Aufmerksamkeit angedeihen lassen sollen. Uebrigens sind sie der bestgelungene Theil des Erkenntnisses; deshalb gehören sie nicht eigentlich zu dem Gegenstand unserer jetzigen Betrachtung. Ich will mir die Besprechung der Formel noch versparen und das nächste Mal einige Bemerkungen anknüpfen, weil sich diese Bemerkungen passend mit dem Gedenktag in Beziehung bringen lassen, den wir dann feiern, den Gedenktag der Publikation des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Heute beschäftigen wir uns mit unserer nächsten Aufgabe, die Fehler des im Druck vorliegenden Urtheils zu erkennen. Ich habe sie mir unter sechzehn Nummern am Rande des Urtheils angemerkt.

Zunächst ist, wie ich schon das vorige Mal andeutete, in der Rubrik zu tadeln, daß der Beklagte aufgeführt ist als die „Handlung" J. E. Borchers. Wo Sie in einer Rubrik das Wort Handlung finden, schaffen Sie es baldmöglichst heraus. Wir haben gesehen, daß das Richtige ist, gegen den „Kaufmann J. E. Borchers" zu klagen, höchstens könnte hinzugesetzt werden „in Firma J. E. Borchers".[1]) Außerdem ist die Urtheilsrubrik unrichtig: sie paßt für die erste Instanz, nicht für die zweite Instanz, von welcher das Urtheil gefällt ist; es mußte heißen: „Kaufmann J. E. Borchers zu X., Beklagter, jetzt Berufungskläger, gegen den Kaufmann J. Kricker daselbst, Kläger, jetzt Berufungsbeklagten", nicht durfte der Berufungsbeklagte voranstehen.

Die dann im Druckblatt folgende Urtheilsformel übergehen wir vorläufig und wenden uns zum Thatbestand. Da vermisse ich im ersten Satz die Zeit, wann der Kaufvertrag geschlossen und im zweiten Satz, wann er aufgelöst ist. Es konnte darauf ankommen theils wegen etwaiger Verjährung der Klage, theils wegen des zeitlichen Verhältnisses, in welchem der spätere Auflösungsvertrag zum Hauptvertrag und zur Klagerhebung steht.[2]) Dann waren die Erläuterungen aufzunehmen, welche der Beklagte über die gemachten anderweiten Bestellungen und über die Art der ausdrücklichen Genehmigung vorgetragen hatte. Die Rechtsausführung: schon ohne Genehmigung

---

[1]) Siehe oben S. 243 ff. — [2]) Siehe oben S. 233.

binde den Kläger nach Art. 47 des H.G.B. die Verabredung des Reisenden, gehörte logisch vor die Behauptung der Genehmigung. Nicht eventuell kommt der Art. 47 in Betracht, sondern prinzipaliter, und erst wenn der Art. 47 nicht durchgreift, kommt es darauf an, ob genehmigt ist. Es fehlt sodann überall im Thatbestand bei diesen Behauptungen der Beweisantritt, desgleichen fehlt beim Referate über die Vernehmung des Reisenden, daß er beeidigt ist, was von großer Bedeutung. Ueber das unbefriedigende Resultat der Vernehmung habe ich mich schon dahin ausgesprochen,[1]) daß etwas mehr aus dem Zeugen wohl herauszubringen gewesen wäre; denn blos die Erklärung, er wisse nichts mehr, das ist zu wenig, als daß sich ein Richter damit begnügen könnte. Wie kommen solche Protokolle zu Stande? Vielfach wird ihre Aufnahme den Protokollführern überlassen, so daß die Protokollführer selbst die Zeugen vernehmen und schließlich der Richter nur beim Vorlesen gegenwärtig ist. Eine andere übliche Form der Protokollaufnahme ist die, daß der Richter diktirt. Aus meiner früheren Erfahrung weiß ich: Ich habe als Richter nie ein Protokoll diktirt, habe auch als Referendar nie nach Diktat ein Protokoll geschrieben. Ich kenne nur eine Art der Protokollaufnahme, nämlich die, daß der Richter vernimmt, und daß während dessen der Protokollführer das Protokoll schreibt. Mit Schluß der Vernehmung ist auch das Protokoll beendigt. Allerdings muß der Richter seine Vernehmung danach einrichten, er muß von Anfang an planmäßig mit seiner Vernehmung vorgehen und dem Protokollführer durch das eingehaltene Tempo das alsbaldige Nachschreiben ermöglichen. Es ist etwa so, wie wenn der Studirende im Kolleg nachschreibt. Mir sagt diese Methode viel mehr zu, als die jetzt meist übliche des Diktirens. Diese hat ihre Grundlage in der Preuß. Allg. Gerichtsordnung, wo das Protokolliren nach Diktat geboten war.[2]) Außerdem ist das Protokollschreiben ohne Diktat ein vortreffliches Bildungsmittel für angehende Juristen. Gesetzlich steht nichts im Wege, dies Bildungsmittel anzuwenden; dem Geiste des Gesetzes entspricht es sogar zweifellos mehr, wenn der Protokollführer niederschreibt, was er hört, statt daß er sich erst durch den Mund des Richters vorsagen läßt, was der Vernommene erklärt hat; muß ja doch der Protokollführer durch seine

[1]) Siehe oben S. 241.

[2]) A.G.O. § 63 Thl. I Tit. 25. Diese Vorschrift ist durch die neuere Prozeßgesetzgebung beseitigt.

Unterschrift beglaubigen, daß der Vernommene die betreffende Erklärung abgegeben, nicht daß der Richter das Niedergeschriebene diktirt hat. Durch das Diktiren wird die Fides, die Verantwortlichkeit des Protokollführers zerstört.

Unser Thatbestand fährt fort, das Gericht habe dem Kläger einen Eid dahin abgenommen, daß er die fragliche Vereinbarung „nicht genehmigt" habe. Dieser Eid weicht von der Behauptung der Partei ab. Wir haben schon gerügt, daß die „ausdrückliche" Genehmigung eine nicht genügend substanziirte Thatsache, mehr ein Urtheil, als eine Thatsache ist; aber dazu tritt nun noch, daß der Eid die ausdrückliche Genehmigung in eine Genehmigung schlechthin umwandelt, also die Parteibehauptung noch unbestimmter macht, als sie an sich bereits ist. Damit stimmt außerdem nicht überein, daß es am Schlusse desselben Absatzes im Thatbestande heißt, der Kläger habe beschworen, daß es an einer „ausdrücklichen Genehmigung" fehle. So lautete der Eid nicht, außerdem soll aber der Eid nie verschwommener die Behauptung der Parteien wiedergeben, als sie in der Verhandlung aufgestellt ist.[1])

Was die Gründe angeht, so haben wir gesehen, daß sie insofern nicht das Richtige treffen, als nach Artt. 47. 49 H.G.B. der Reisende nicht für legitimirt zu halten ist, Geschäfte, welche der Prinzipal geschlossen hat, aufzuheben. Auch haben wir gesehen, daß es bedenklich erscheint, aus der Zeugenaussage einen „nicht ausreichenden" Beweis der stattgefundenen Genehmigung herauszulesen; denn wenn ein Zeuge sagt: „Ich erinnere mich der vom Beklagten behaupteten Verabredung nicht; es ist möglich, daß ich sie getroffen habe, ich hätte mich auch dazu für befugt gehalten," so kann man daraus nur folgern, die Verabredung sei nicht bewiesen; keineswegs, sie sei bis zur Auflage eines richterlichen Eides bewiesen. Man hört häufig bei Beurtheilung der Frage, ob ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, daß die Behauptungen der Partei herangezogen werden, als kämen sie für die Beurtheilung der Frage in Betracht, ob die fraglichen Thatsachen bewiesen oder nicht bewiesen seien. Der Richter argumentirt: „Ich glaube der Behauptung des Beklagten nebst dem unbestimmten Bekunden des Zeugen so viel, daß es mir mehr werth ist, als das Leugnen des Klägers." Eine solche Argumentation entspricht schwer-

[1]) Siehe oben S. 134.

lich unserm Prozeßrecht.[1]) Die Behauptungen der Parteien sind nicht irgendwie als Beweismittel zu verwerthen; es kann aus ihnen nicht geschlossen werden, daß die behauptete Thatsache wahr oder auch nur, daß sie wahrscheinlich oder mindestens wahrscheinlicher sei, als die vom Gegner behauptete widerstreitende Thatsache.

Was schließlich die Urtheilsformel angeht, so ist sie das Bedenklichste des ganzen Ihnen vorliegenden Erkenntnisses. Es wird ausgesprochen, daß den Eid über die vom Beklagten behauptete Vereinbarung

„der bzw. die Inhaber der beklagten Handlung leisten soll bzw. sollen."

Dann heißt es weiter:

„Leisten die, bzw. leistet der Inhaber der Beklagten den Eid nicht, so wird Beklagte verurtheilt...., leistet auch nur einer der Inhaber den Eid, so wird Kläger kostenpflichtig abgewiesen."

Man fragt billig hier, wie in so vielen Fällen: Was heißt „bezw."? Sollte irgend eine Partei verstehen können, was die Urtheilsformel bedeutet, wenn ihr dieselbe zugestellt wird? Die Sonderbarkeit der Formel erklärt sich aus Folgendem:

Der Inhaber der beklagten „Handlung" ist dem Gericht noch unbekannt. Die Handlung kann einen Inhaber haben oder mehrere. Das letztere ist entweder möglich, wenn diese Mehreren eine offene Handelsgesellschaft bilden, oder wenn der alleinige Firmeninhaber gestorben ist und mehrere Erben hinterlassen hat. Darüber die Parteien zu befragen und verhandeln zu lassen, hat der Richter versäumt. Ehe der Eid auferlegt wurde, mußte das Nöthige erörtert werden.

Der Richter will sagen: Stellt sich im Eidestermine heraus, daß ein Inhaber existirt, dann soll er den Eid leisten, stellt sich dagegen heraus, daß zwei oder drei Inhaber vorhanden sind, dann sollen die Inhaber schwören. Wenn in diesem Sinne der erste Theil der für den Fall der Nichtleistung des Eides angedrohten Folgen verstanden werden muß, so ist klar, daß jeder Inhaber den Eid zu schwören hätte.

Nun fährt aber im Widerspruch hiermit die Urtheilsformel fort: „Leistet auch nur einer der Inhaber den Eid, so wird Kläger abgewiesen." Im Vordersatze wird von allen Inhabern der Eid verlangt; im Nachsatze hören wir, daß es genügt, wenn einer derselben

[1]) Vergl. oben S. 147. 166.

schwört. Außerdem ist der arge Fehler gemacht, daß in dem Eid die Verabredung anders lautet, als sie von der Partei behauptet ist, Es fehlt das wichtige Wörtchen „dafür". Wir sahen oben[1]): Wenn bloß verabredet wäre, der Kauf solle aufgehoben sein, sofern weitere Bestellungen gemacht würden, so wäre das eine zu unbestimmte Bedingung. Wenn aber die Verabredung lautet, der Kauf des Mantels solle aufgehoben sein, sofern „dafür" anderweite Bestellungen gemacht werden, so heißt das klar: die Bestellungen sollen bis zum Betrage von 16 Mk. gemacht werden. Das Wort „dafür" ist im Eid weggelassen, obwohl der Thatbestand es enthält. Also soll der Beklagte eine ganz andere Verabredung beschwören, als er behauptet hat. Ist der Beklagte gewissenhaft, so müßte er erklären: „Diesen Eid vermag ich nicht zu schwören; es ist zwar verabredet, der Kauf solle aufgelöst sein, wenn dafür anderweite Bestellungen gemacht würden; hier soll ich aber schwören, er sei aufgehoben, wenn anderweite Bestellungen überhaupt erfolgten."

Wir können also mit dem Erkenntniß in sehr vielen Punkten nicht gerade zufrieden sein.

---

Von den fünf Arbeiten, die ich über diesen Fall durchgelesen habe, sind vier in die Falle, die dem Interpreten des Art. 47 H.G.B. durch dessen eigenthümliche Fassung gestellt wird, hineingerathen, indem sie jenen Artikel dahin verstanden haben, daß sich die in Art. 47 ertheilte erste Befugniß nicht nur auf die General-, sondern auch auf die Artbevollmächtigten beziehe. Da sagt eine Arbeit: „Nach Vorschrift des Art. 47 des H.G.B. muß der Reisende als Handlungsbevollmächtigter für befugt erachtet werden, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der Betrieb des Handelsgewerbes seines Prinzipals gewöhnlich mit sich bringt." Hier sind also gerade diejenigen Worte aus dem Art. 47 herausgezogen und für den Reisenden in Anwendung gebracht, welche nicht für den Reisenden gelten sollen. Und ebenso verfahren weitere drei Arbeiten. Übrigens kann man sich das Verständniß des Art. 47 sehr erleichtern, wenn man die korrespondirenden Theile des Vordersatzes und des Nachsatzes verschiedenfarbig unterstreicht[2]).

---

[1]) Siehe Seite 232.

[2]) Durch verschiedenen Druck läßt sich dies bei Wiedergabe des Art. 47 folgendermaßen veranschaulichen: „Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung

Außerdem ist noch ein Fehler von allgemeinem Interesse hervorzuheben. Eine Arbeit führt aus: „Auf die Einrede, die der Beklagte geltend gemacht hat, bestreitet der Kläger: 1. die Thatsache der Verabredung, eventuell 2. die Rechtsgiltigkeit und 3. die Genehmigung seinerseits." Das ist derselbe Fehler, den der Thatbestand des Urtheils macht, wenn er berichtet, daß die Beklagte sich darauf berufe, Kläger habe die Verabredung seines Reisenden genehmigt, eventuell binde ihn schon Art. 47 H.G.B. ohne Genehmigung. Sobald der Kläger sich gegen eine Einrede des Beklagten wehren will, weil sie rechtlich unbegründet und weil ihre thatsächliche Grundlage unwahr sei, erfordert die Logik, daß der Kläger sich zunächst auf die mangelnde rechtliche Begründung beruft, und daß er dann erst (eventuell) die thatsächlichen Angaben des Beklagten leugnet; er darf nicht umgekehrt verfahren, und verfährt er umgekehrt, so muß der Richter doch anders verfahren: er muß bei seiner Darstellung und Beurtheilung des Streitmaterials die Frage nach der rechtlichen Begründung der Einrede an erster Stelle erörtern.[1])

Die Arbeit eines Studiosus im fünften Semester bringt einen beachtenswerthen, mir aber nicht annehmbar erscheinenden Gedanken. Es heißt darin, die Verabredung, der Mantel werde zurückgenommen werden, wenn Beklagte dafür anderweite Bestellungen mache, sei die Verabredung einer Hingabe an Zahlungsstatt. Der Wille der Parteien wäre also: der Käufer soll anderweite Bestellungen machen; hat er sie gemacht, dann soll er das Recht haben, den in Folge der anderweiten Bestellungen geschuldeten Kaufpreis bis zu 16 Mk. durch Rückgabe des Mantels zu decken. Ist diese Auffassung wohl möglich? Kann dies der Wille der Parteien gewesen sein? Ich glaube nicht. Wie man Geschäfte durch mutuus consensus schließt, so löst man sie durch mutuus dissensus auf. Indem die Parteien verabredet haben: „Wir machen den Kauf rückgängig," sagen sie: „Wir lösen den Kauf auf." Wäre die Auffassung zutreffend, daß eine Hingabe an Zahlungsstatt verabredet sei, so würde nicht die Ab-

---

der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften in seinem Handelsgewerbe bestellt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt."

[1]) Vergl. oben S. 248.

weisung der Klage, sondern gerade die Verurtheilung der Beklagten zu 16 Mk. zu erfolgen haben. Denn wäre es richtig, daß der Kaufmann Borchers an Zahlungsstatt auf die künftige Bestellung den Mantel zurückgeben soll, so ist klar, er muß erst den Mantel bezahlen, und in diesem Prozesse handelt es sich doch gerade darum, daß Borchers die 16 Mk. nicht bezahlen will. Folglich kann es nicht die Absicht des Beklagten gewesen sein, eine datio in solutum geltend zu machen; sonst wäre die Einrede unbegründet.

Endlich ist von der Arbeit das Wörtchen „dafür" unbeachtet gelassen, ebenso wie vom Eide des Richters. Man muß die Behauptungen der Parteien mit der Lupe ansehen. Jedes Wort ist zu überlegen.

Die dritte Arbeit, die auch einen Studiosus zum Verfasser hat, gelangt zu dem Resultate, es sei der Beklagte nicht zu verurtheilen, 16 Mk. zu zahlen, sondern es sei ihm vom Richter eine Frist zu bewilligen, in der er anderweite Bestellungen zu machen habe. Sie werden sich entsinnen, daß ich im Thatbestande die Angabe der Zeit des ursprünglichen Kaufs und der Verabredung über die Kaufauflösung für wesentlich erklärte.[1]) Ich sagte: Möglicherweise könne der Kläger so rasch seine Klage erhoben haben, daß der Beklagte keine genügende Zeit hatte, seine Bestellung zu machen. Der Verfasser stellt sich auf einen analogen Standpunkt, er meint: „Beklagter hat nicht gesagt, daß Bestellungen gemacht sind, folglich muß er sie noch machen; und wenn er sich auf Bestellungen berufen will, so muß er eine Frist haben, sie noch zu machen; ich gebe ihm diese Frist". Es ist ein an sich guter Gedanke, er paßt nur nicht in das heutige Gerichtsverfahren; es gilt, was ich neulich bei anderer Gelegenheit sagte:[2]) ein altdeutsches Schöffengericht hätte wohl so erkennen können. Der Richter ist nach gegenwärtigem Prozeßrecht nicht befugt, eine Frist zu gewähren, damit dem Beklagten die Möglichkeit sich eröffne, seine Einrede besser zu begründen, sondern er muß sagen: die Einrede ist unbegründet, Beklagter wird verurtheilt.

Ein Referendar hat in der von ihm vorgeschlagenen Urtheilsformel ausgesprochen, das erste Erkenntniß werde „bestätigt". Das ist nicht die vom Gesetzgeber gebrauchte Sprachweise. Nach der C.P.O. wird in der zweiten Instanz das erstinstanzliche Urtheil nicht „bestätigt",

---

[1]) Siehe oben S. 232. — [2]) Siehe oben S. 253.

sondern es wird „die Berufung zurückgewiesen" oder je nach Umständen „als unzulässig verworfen". Man muß sich immer streng an die technischen Ausdrücke der C.P.O. halten[1]).

---

An Lehrsätzen lassen sich aus unserm Falle etwa folgende heraus entwickeln:

1. Der Einzelkaufmann kann nicht neben seiner Firma solidarisch verklagt werden.

2. Von den drei Arten der Handlungsbevollmächtigten des Art. 47 H.G.B. hat nur der vom Prinzipale zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes bestellte Handlungsbevollmächtigte die Befugniß, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt.

3. Der Handlungsreisende hat nicht die Befugniß, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der Betrieb des Handelsgewerbes seines Prinzipals gewöhnlich mit sich bringt; namentlich ist er nicht befugt, Geschäfte rückgängig zu machen, die der Prinzipal geschlossen hat, sondern nur befugt, diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Ausführung der Geschäfte eines Reisenden gewöhnlich mit sich bringt (Art. 47 H.G.B.). Zu diesen Geschäften gehört insbesondere die Einziehung des Kaufpreises und die Bewilligung von Zahlungsfristen, wenn die betreffenden Verkäufe vom Reisenden abgeschlossen sind (Art. 49 H.G.B.).

4. Wer geltend macht, ein von ihm geschlossener Vertrag sei durch nachträgliche Abrede unter einer gewissen Bedingung aufgelöst, beruft sich mit Wirksamkeit auf diese Vertragsauflösung nur, wenn er den Eintritt der Bedingung darlegen kann.

5. Die in den Eid aufgenommene Thatsache muß genau der zu Grunde liegenden Parteibehauptung entsprechen.

6. Schiedseide, welche eine offene Handelsgesellschaft zu leisten hat, sind auf die Namen der eidespflichtigen physischen Personen zu stellen, nicht auf die — nach den Verhandlungen noch unbekannten — „Inhaber" der Firma.

---

[1]) Vergl. C.P.O. §§ 497. 499.

# 12.

Heute[1]) vor hundert Jahren war der Tag, an dem das Publikations-Patent des Preußischen Allgemeinen Landrechts erging. Uns als vorzugsweise Preußischen Juristen ziemt es wohl, mit einigen Worten dieses Tages zu gedenken. Sie gestatten, daß ich einen Theil der heutigen Zeit, ja vielleicht die ganze Zeit dazu verwende, zumal ich die Erörterung, die ich im Sinne habe, mit unserer eigentlichen Aufgabe in Beziehung setzen kann. Ich hatte auf heute eine rechtsgeschichtliche Erläuterung der Formel: „Im Namen des Königs" aufgespart, wie sie am Kopfe unserer Gerichtsurtheile nach gesetzlicher Vorschrift zu stehen pflegt. Zunächst werden Sie sich wundern, wie diese Formel mit dem Publikationspatent des A.L.R. zusammengebracht werden kann. Sie werden aber aus meinen Worten bereits entnehmen, daß ich weniger die Zeit, die jenem Tage der Publikation bis heute gefolgt ist, als vielmehr die, welche ihm vorausging, ins Auge fassen will. Das A.L.R. ist eine Frucht der Codifikationsbestrebungen seiner Zeit. Der Name Codifikationsbestrebungen ist zwar ein neuerer, aber das, was sie wollten, datirt von einer früheren Zeit. Die Codifikationsbestrebungen in unseren deutschen Landen lassen sich zurückverfolgen bis in die zweite Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts, und es ist natürlich, daß sie gerade in dieser Zeit sich zuerst kund gegeben haben. Die Mitte des sechzehnten Jahrhunderts ist die Zeit, in der man die Rezeption des römischen Rechts als vollzogen betrachten darf. Wen könnte wundern, daß diejenigen, welche dies fremde, nicht in Gesetzesparagraphen formulirte römische Recht anwenden sollten, ebenso wie diejenigen, auf welche es angewendet werden sollte, das Bedürfniß empfanden, etwas Stabiles, eine Normirung der entscheidenden Grundsätze in Händen zu haben?

---

[1]) Den 5. Februar 1894.

Es ist deshalb kein Zufall, daß die ersten Codifikationsbestrebungen in unseren deutschen Territorien sich in den Jahren 1570 bis 1590 besonders häufen. Man beabsichtigte das Recht zu „fassen", zu „konstituiren", deshalb nannte man das, was man mit jenen Bestrebungen erreichen wollte, „Constitutionen". Solche Constitutionen herzustellen, wurde auch versucht in unserer Mark Brandenburg, und zwar in erster Linie gerade von demjenigen kurfürstlichen Kanzler, der zuerst der Repräsentant des fremden, des gelehrten Rechts war, von Lampert Distelmeyer. Er kam nicht zum Ziele; ebenso wenig sein Sohn, auch die Landstände nicht, die mit den Epigonen der Distelmeyer sich ins Benehmen setzten. Während der ersten Jahre des siebzehnten Jahrhunderts, kurz vor Ausbruch des dreißigjährigen Krieges, gelang es jedoch im Herzogthum Preußen das zu Wege zu bringen, worauf die Mark schon lange wartete. Die Mark mußte sich noch gedulden. Selbstverständlich förderte auch die schwere und traurige Zeit jenes Krieges nicht ihre Wünsche. Als es sich am Ende des siebzehnten Jahrhunderts darum handelte, die Königskrone für Preußen zu erwerben, regte eine Persönlichkeit, mit der wir uns früher schon beschäftigt haben, von Neuem den Gedanken an, das vaterländische Recht zu kodifiziren und damit vielleicht sogar ein gemeinsames deutsches Recht vorzubereiten. Kaum, daß Leibnitz seine nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae geschrieben, kaum, daß er sein Doktorexamen bestanden hatte, wurde er zum Rathe des Kurfürsten von Mainz ernannt, des deutschen Erzkanzlers. Diesem legte er kurz nachher den Plan vor, den Kaiser zu bestimmen, daß an Stelle der zweifelhaften römischen Grundsätze des Codex Justinianeus ein Codex Leopoldinus für das ganze Reich geschaffen werde. Der geäußerte Wunsch blieb ein frommer. Aber er lebte fort, bis Leibnitz etwa dreißig Jahre später in die Dienste des Kurfürsten von Brandenburg trat und hierher nach Berlin kam. Ein von Leibnitz verfaßtes Schriftstück wurde den damals in Justizsachen maßgebenden Persönlichkeiten, dem Minister von Fuchs und dem Requetenmeister von Wedel, vorgelegt, um sie zu bestimmen, Entscheidungen der casus dubii nebst den Lokal- und Provinzialrechten auch für die brandenburgischen Lande zu sammeln, und dadurch — so meinte Leibnitz — für andere Potentaten, ja sogar für das ganze Reich einen Antrieb zu gleichen Arbeiten zu geben. Friedrich I. hatte zunächst weniger Sinn dafür,

ein Landrecht zu schaffen als einen höchsten Gerichtshof, worin er die pupilla verae majestatis sah, „in der hauptsächlich die Souverainität mitbesteht.“ Damit kam er nur auf einen Plan seines Vaters zurück. Er schuf ein Oberappellationsgericht für seine Staaten. Dann unternahm er in den letzten Jahren seiner Regierung auch im Uebrigen eine Verbesserung der Justiz für seine Lande. Im Entwurfe war eine dahin zielende Verordnung fertig, als er starb. Sein ernergischer Sohn, Friedrich Wilhelm I., griff die Idee auf, und sehr bald nach seinem Regierungsantritte, als ihm der Vorschlag einer Verbesserung des Justizwesens von seinem Justizminister unterbreitet wurde, rescribirte er: „Ich habe nichts dabei zu erinnern, aber Kahts — damit ist der im besonderen Vertrauen des Königs stehende Finanzminister Katsch gemeint — soll sein Bedenken vorsagen, ich versteh nicht Civil-Jura, aber wohl Landrecht, ein Monat ist schon verflossen, nun seindt noch elf Monat, so muß das Landrecht fertig sein vors ganze Land, oder Herr Bartollius“ — der Justizminister — „und Herr Sturm“ — der Kammergerichtspräsident — „und ich werden uns sehr plump und grob verzürnen.“ Die elf Monate gingen vorüber, ohne daß das Landrecht fertig wurde, und noch viele Jahre und Jahrzehnte gingen ebenso vorüber. Obwohl der König einen ihm an Energie völlig gleichen und auch sehr sachkundigen Mann, den späteren ersten brandenburgischen Großkanzler, Samuel Cocceji, sich zur Seite rief, obwohl (wahrscheinlich mit dessen und mit Leibnitz Hilfe) der Universität Halle ein bis ins Einzelne ausgearbeiteter Auftrag ertheilt wurde, ein Landrecht zu verfassen, obwohl die verschiedenen Partien des künftigen Gesetzbuchs bereits unter die einzelnen Professoren vertheilt waren, an deren Spitze Thomasius als Vorsitzender treten sollte, kam nichts zu Stande. Die betreffende königliche Ordre ist völlig spurlos vorübergegangen; Niemand weiß, was aus dem geplanten Unternehmen geworden ist. Bis zu seinem Tode hat aber Friedrich Wilhelm I. unabläſſig gegen die Mißstände gekämpft, die er in der Rechtspflege zu finden glaubte. „Die böse Justiz schreit zum Himmel,“ war sein Wort. Und nach seinem Tode trat sein großer Sohn, dem wiederum derselbe Cocceji zur Seite stand, in des Vaters Fußtapfen. Weil aber bei Cocceji's Ableben im Jahre 1755 das Landrecht unvollendet war, blieb es liegen. Des ersten Großkanzlers beide Nachfolger Jariges und Fürst nahmen den Entwurf, vielleicht zum Besten des Landes, nicht wieder auf.

Der König selbst verfolgte indeß mit großer Aufmerksamkeit unausgesetzt, was ihm aus seinem Reiche an Rechtsentscheidungen zu Ohren kam. In Folge dessen entwickelte sich in ihm die Ueberzeugung, daß es großer Reformen bedürfe. Er glaubte, die Richter verführen parteiisch, die Anwälte seien verderbt, und mehr als ein Vorkommniß bestärkte ihn in diesem Glauben. So sammelte sich ein Groll, der sich schließlich gegen die Spitze des damaligen juristischen Beamtenstandes richtete, gegen den Großkanzler Fürst. Der 11. Dezember 1779 ist der denkwürdige Tag, an welchem der König einige Kammergerichtsräthe und den Großkanzler in das Schloß befahl, um mit ihnen ein Protokoll aufzunehmen über die Entscheidung, die das Kammergericht in dem berühmt gewordenen Prozesse des Müllers Arnold gefällt hatte. Es handelte sich eigentlich um drei Prozesse. Das Faktum ist einfach: Der Müller hatte an seinen Gutsherrn, einen Grafen Schmettau, einen jährlichen Zins zu zahlen. Der Zins war seit einer Reihe von Jahren rückständig, und zwar weil dem Müller angeblich dadurch, daß sein Nachbar, ein Landrath von Gersdorf, Karpfenteiche angelegt hatte, unmöglich gemacht war, seinen Mühlenbetrieb in der bisherigen Weise fortzusetzen. Deshalb erklärte er sich außer Stande, den Zins zu zahlen. Der Graf Schmettau verklagte ihn vor dem Patrimonialgericht zu Pommerzig; es kam zum Zwangsverkauf der Mühle. Damit endigte der erste Prozeß. Nun verklagte der Müller den Grafen Schmettau auf Schadensersatz wegen der zwangsweis verkauften Mühle. So entstand der zweite Prozeß. Und als Arnold in diesem zweiten Prozesse von der Neumärkischen Regierung zu Küstrin dahin beschieden wurde, wenn er Schadensersatz begehre, so habe er sich lediglich an den Landrath von Gersdorf zu halten, verklagte er diesen in einem dritten Prozesse, aber nicht mit besserem Erfolge: die Gerichte erkannten, es sei dem Müller kein Wasser entzogen; selbst wenn es indeß der Fall wäre, dann gäbe ihm das keinen Klaganspruch; denn die Teiche hätten schon früher bestanden, sie seien keine neue Anlage. Der Müller hatte sich mit seiner Frau in mehrfachen Eingaben an den König gewandt. Dieser sah in den ergangenen Erkenntnissen nichts als schlechte Justiz, die dem kleinen Mann zum Verderben, dem adligen Herrn zum Vortheil spräche. Das Kammergerichtsurtheil, welches in der letzten Sache ergangen war, veranlaßte den König, die Kammergerichtsräthe, die das Urtheil verfaßt, in das Schloß zu zitiren, und hier spielte sich

dann die bekannte Scene ab, die damit endete, daß der Großkanzler Fürst seine sofortige Entlassung erhielt und die Kammergerichtsräthe ins Gefängniß wanderten. Der König gerieth dabei in die äußerste Erregung; er war zudem an einem starken Gichtanfall erkrankt. Wie er sich aber trotzdem in der Gewalt hatte, ergiebt der Bericht eines Franzosen, eines Lehrers an der hiesigen Kriegsschule Namens Thiébault, der unmittelbar nach jener Scene beim König zur Audienz vorgelassen wurde. Dieser Bericht ist allerdings erst eine Reihe von Jahren nach dem Vorfall niedergeschrieben; er bietet aber soviel interessante Seiten, daß ich ihn verlesen möchte. Zur Erläuterung sei vorausgeschickt, daß der König das Protokoll, das er seinem Sekretär über die Vernehmung der Kammergerichtsräthe diktirte, mit der linken Hand unterschrieben hatte. Thiébault erzählt:[1])

„Gerade in dem Augenblick, als ich beim Könige eintrat, hatte er eben durch die entgegengesetzte Thür die Andern hinausgejagt. Ich hatte keine Ahnung von dem Auftritt und erfuhr erst am nächsten Tage davon. Der König saß im Rollstuhl, hatte den gichtkranken — rechten — Arm in ein Federkissen eingehüllt und trug ihn in der Binde. Den Hut hatte er auf dem Kopf und lüftete ihn diesmal nicht, wie er sonst wohl zu thun pflegte. Er fragte mich gleich, warum die Kinder nicht auch mit der linken Hand schreiben lernten? Wie leicht könne die Rechte verletzt und unbrauchbar werden, und dann habe man die größte Mühe, daß die Linke nur lesbar ein Wort zu Papier bringe. „So muß ich jetzt als Sechziger in die Lehre gehn und die linke Hand schreiben lehren. Benutzen wir doch gleichmäßig beide Augen und Ohren — warum nicht die Hände? Wäre es nicht rathsam, meine Lehrer in diesem Sinne anweisen zu lassen?"

Ich erwiderte, daß freilich viel für solche neue Einrichtung spräche, doch auch manches dagegen. Was für Mühe würde z. B. den Richtern daraus entstehen, wenn jeder Mensch zwei Handschriften hätte. Ist's nicht jetzt oft schwierig genug, die Identität einer Schrift gerichtlich festzustellen? — Im Laufe des Gesprächs meinte ich weiter: „Schade, daß Ew. Majestät sich selbst bemühen mußte und nicht Andern diktiren konnte!" Da richtete sich der König

[1]) Souvenirs de vingt ans de séjour à Berlin par Dieudonné Thiébault. Avant-propos par M. Barrière. tom. 24 p. 104 s. Paris 1860.

zu meiner Ueberraschung imponirend in die Höhe und sagte in entschiedenem Tone: „Mein Herr, diesmal mußte ich selbst schreiben!" Um eine Szene zu vermeiden, wechselte ich das Thema, wir sprachen von den verschiedenen Unredlichkeiten, wie sie in den verschiedenen Berufsarten und Ständen vorkämen. Wir sprachen fast alle Stände durch, verweilten besonders bei den Schurkereien der Armeelieferanten — nur den Richterstand berührten wir nicht. Gerade weil der König die Unredlichkeit eines Richters beständig im Sinn hatte, vermied er ängstlich, den Gegenstand zu besprechen. Mir ist diese Unterredung so lebhaft im Gedächniß, weil ich gleich danach von dem vorherigen unangenehmen Auftritt erfuhr und bewundern mußte, wie sehr sich der König in der Gewalt hatte, und welche Aufmerksamkeit er den kleinen Dingen in seiner Umgebung zuwandte. Man kann sich denken, wie diese Angelegenheit die Geister in Berlin beschäftigte. Wurde doch darüber in ganz Europa Lärm geschlagen!"

Dem Verhöre vom 11. Dezember 1779 folgte am ersten Weihnachtsfeiertag die Allerhöchste Ordre, welche den neuen Kanzler, von Carmer, in sein Amt einführen sollte; bis dahin hatte die Angelegenheit dem Könige im Sinne gelegen. Sicher hat er nicht ohne Grund den Weihnachtstag für diese Ordre gewählt; sie war ihm so wichtig, daß er die Stille des Festes zu ihrer Abfassung benutzte. Der König liebte sonst sehr die Kürze. Seine Geschäftseinrichtung bestand darin, daß er die Eingänge, die er alle selbst prüfte, zum größten Theil alsbald erledigte, und zwar auf die denkbar einfachste Weise: bog er die Ecke des Blattes zu einem Ohre um, das nach innen ging, so hieß das „abgelehnt", bog er das Ohr nach außen, so hieß es „genehmigt." Berichte, die über die Vorderseite des Bogens sich hinaus erstreckten, liebte er nicht zu lesen; man sagt, die seien in den Papierkorb gewandert. Auch die Berichte, mit denen die einzelnen Theile des A.L.R. vorgelegt wurden, sind vom Großkanzler stets nur mit wenigen Zeilen erstattet. Seitenlange Ordres gingen deshalb selten von Friedrich dem Großen aus; sie haben immer eine ganz besondere Veranlassung. Die Ordre vom 25. Dezember 1779 habe ich erst kürzlich bei Durchforschung Carmerscher Akten des Justizministeriums entdeckt; sie war bis dahin unbekannt. Ihr Werth liegt darin, daß sie das klarste Spiegelbild giebt, wie die Gedanken an die Prozesse des Müllers Arnold im Könige fortarbeiteten. Solche Ordres pflegte er seinem Sekretär im Auf- und Abgehen zu diktiren;

daher der eigenthümliche Stil. Lassen Sie mich einige Sätze aus der Ordre mittheilen. Da heißt es — offenbar mit Rücksicht darauf, daß dem Könige einer der Kammergerichtsräthe am 11. Dezember 1779 als besonders jugendlich aufgefallen war — „weil S. Kön. Maj. absonderlich gefunden, daß die Leute die sie bey der Justiz hier haben, zum theil sehr jung sind, die sich keineswegs vor Obergerichte schicken, so wird als ein principium regulativum angenommen, daß keiner, der nicht 35 Jahr alt ist, bey denen Obergerichten wie Rath placiret werden soll.“ Das gemahnt an die Bestimmung unserer heutigen Gesetzgebung, nach der auch für unser Reichsgericht das Alter von 35 Jahren verlangt wird. Weiter heißt es, wiederum mit deutlichem Hinweis auf den Fall Arnold, in der Ordre: „Werden S. Kön. Maj. auch gewahr, daß ein Haufen Sachen bei der Art die Prozesse zu führen, fehlen[1]). Denn wenn Bauren und Untertahnen Prozesse haben mit Edelleuten, so werden erstere immer verliehren, und öfters von zehn dergleichen Prozesse wird nicht einer gewonnen. Daher denn Höchstdieselben darüber folgende Vorschrift geben. 1lich. Wenn es Wassersachen sind, so müssen die Gerichte das Zeugniß von Waßerbau Verständigen vorzüglich und vor allen andern gelten lassen, und darauf bei Abfassung des Urthels Rücksicht nehmen. 2tens. Betrifft es Landesökonomie Sachen, so muß das Zeugniß von Cameral-Leuten vor allen andern zum Grunde genommen werden. 3tens. Sind es Prozesse von Häusern und Gebäuden, so muß das Zeugniß der Bauverständigen vor allen andern gelten. . . . . Ist es wohl möglich, daß die Bauren in ihren Klagen oft Unrecht haben, und daß sie auch offen durch Advokaten und andere Leute des Eigennutzes wegen zum Prozeß aufgewiegelt werden. Aber wenn zehn Bauren gegen zehn Edelleute Prozeße führen, und erstere verliehren alle zehne, dann trauen Seine Majestät der Sache nicht, und ist wahrscheinlich, daß die Richter von den Edelleuten corrumpiret sind. Denn der Bauer ist arm und kann nicht viel geben. Dagegen der Edelmann kann das eher tuhn, und dadurch suchet er die Advocaten und Richter zu gewinnen und auf seine Seite zu bringen, und solchergestalt geschieht es, daß die Bauren, wenn ihre Sachen noch so juste sind, dennoch mehrentheils Unrecht kriegen.“

Sie sehen, meine Herren, das Mißtrauen ist alten Datums,

---

[1]) Fehlgehen.

daß die Richter Angelegenheiten, in denen es sich um ein sachverständiges Urtheil handelt, oder um Dinge, die dem Richterberufe ferner stehen, nicht in der Lage seien, richtig zu beurtheilen. Bis zur Stunde herrscht gegen den Juristenstand dieses Mißtrauen. Wir wollen nicht untersuchen, ob zu Recht oder zu Unrecht. Jedenfalls hängt damit zusammen, daß die Zuständigkeit und so auch die Bedeutung der Justiz fortdauernd abgenommen hat. Es ist ein Zug unserer Zeit, den ordentlichen Gerichten immer mehr von ihren ursprünglichen Aufgaben abzunehmen. So ist es geschehen, daß heute die Justiz höchstens das fünfte Rad am Staatswagen ist. Früher war so zu sagen die Justiz das einzige Rad, auf dem der Staatswagen rollte; der gesammte gelehrte Beamtenstand ist aus dem Juristenstand hervorgegangen; der Kanzler insbesondere, der Hauptbeamte älterer Zeit, war ausschließlich Jurist, obwohl er ebenso für die Finanzen, wie für das Kriegswesen des Landes zu sorgen hatte.

Unserer Ordre vom ersten Weihnachtsfeiertag 1779 folgte am Neujahrstag 1780 — wieder ein Tag, den der König besonders ausgesucht haben mag — das von ihm selbst gesprochene Erkenntniß gegen die beim Prozeß Arnold betheiligten Richter. Der König hatte vom Kammergericht verlangt, daß es durch Urtheilsspruch die Richter kassire und sie auf die Festung schicke. Das Kammergericht lehnte das ab; sein Präsident, der Minister von Zedlitz erklärte, er könne dem ertheilten Befehle nicht nachkommen. Darauf „verordnete" am 1. Januar 1780 der König, „daß fünf Räthe kassiret und jeder von ihnen überdem noch mit einjährigem Festungsarrest belegt werden, auch den Werth der Arnold'schen Mühle sowohl, als ihm (dem Arnold) selbst allen seinen gehabten Verlust und Schaden . . . nach der von der neumärkischen Kammer anzufertigenden Taxe aus ihren eigenen Mitteln bezahlen sollen, so daß der Müller Arnold völlig in integrum restituirt werde." Die Ordre erging an Zedlitz, welcher sie in nichtkontrasignirter Ausfertigung vorgelegt hatte; der König unterzeichnete, ohne die Kontrasignatur zu verlangen.

Und dieses Urtheil wurde vollzogen. Infolge dessen ist die Familie Arnold wieder in Besitz der zwangsweise verkauften Mühle gelangt und noch jetzt im Besitz derselben, wenigstens war sie es noch im Jahre 1891, wie Dickel damals ermittelt hat.

Den Schlüssel zu diesen außergewöhnlichen Ereignissen am Ende des Jahres 1779 haben wir lediglich in dem zeitigen Stande der

Lehre von der oberstrichterlichen Gewalt des Landesherrn zu suchen, und damit nähern wir uns unserm heutigen Thema etwas mehr. Diese Lehre erreicht ihren Höhepunkt in den ersten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts. Ihr Verständniß ist nur möglich, wenn man zugleich einen Blick wirft auf das eigenthümliche Wesen unserer deutschen Volksgerichte in den früheren Jahrhunderten und auf den Einfluß des eindringenden römischen Rechtes, der dahin geführt hat, daß wir zu anderen Gerichten übergegangen sind.

Es ist ein Satz des römischen Imperatorenrechts, daß der princeps befugt ist, in Rechtsstreitigkeiten selbst die Entscheidung zu treffen. Die Kaiser Diokletian und Maximian waren es, welche die supplicatio ad Caesarem vom Urtheile des praefectus provinciae einführten, und dieser Gedanke fand dann mit der Herübernahme des römischen Rechts nach Deutschland auch bei uns Anklang. Zuerst in der Umgebung des Kaisers und hier angeregt durch das Vorgehen der Kirchengewalt; denn im dreizehnten Jahrhundert stellte der Papst das Axiom auf, daß er nach römisch-kanonischem Rechte summus iudex sowohl der Kirche, als des Staats sei. Um ein Gegengewicht zu bieten, nahm dann der Kaiser in weltlichen Angelegenheiten die oberste Richtergewalt des Reichs in Anspruch. Die ersten Spuren hiervon fallen in die zweite Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts. Bis dahin erkannten auch die Reichsgerichte nur in der Form der altdeutschen Gerichte, nämlich als ein Kolleg von pares, die das von ihrem Vorsitzenden, dem Richter, zu verkündende Urtheil finden. Deshalb hatte der Vorsitzende nicht zu „urtheilen“, sondern nur zu „richten“, d. h. für die ordnungsmäßige Besetzung und Hegung des Gerichts zu sorgen, die Stimmen der Urtheiler zu sammeln und in deren Namen das Urtheil zu verkünden. Ehe man dazu kam, dem Vorsitzenden des Gerichts eine „Richtergewalt“ im heutigen Sinne des Wortes, also das Recht der Urtheilsfällung oder der Theilnahme an der Urtheilsfällung zuzusprechen, mußte erst das Wort Richter seine alte Bedeutung abstreifen, es mußte — um in der älteren Sprache zu reden — der Richter zum Urtheiler werden. Daß aber überhaupt der Gerichtsvorsitzende in die Lage kam mitzuurtheilen, war nur unter dem Einflusse des fremden Rechtes möglich, dessen judex, ohne andere Urtheiler neben sich zu haben, das Urtheil sprach. Bis gegen Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts hat auch das deutsche Reichsgericht seine Urtheile nicht anders abgefaßt, als

daß der Hofrichter — als Richter altdeutschen Stils — bekannte, das Gericht sei ordnungsmäßig „besessen“ (besetzt) gewesen, und die Ritter, „die es besaßen“, hätten dem Kläger das Urtheil gesprochen. Dann aber fing Kaiser Friedrich III. an, die Urtheile des um jene Zeit entstandenen Kammergerichts in seinem, des Kaisers, Namen abfassen zu lassen. Infolge dessen ergab sich auch eine Aenderung in den Eingangsworten der Urtheile jenes Gerichts. So beginnt z. B. ein Urtheil aus dem Jahre 1467, das ich hier vor mir habe:

„Wir, Friedrich III., römischer Kaiser bekennen, daß vor unser Kammergericht, welches der Bischof Ulrich von Passau mit unsern Räthen und Rechtsgelehrten an Unser statt besessen hat, gekommen ist N. N. . ., und ward zu Recht erkannt“ . . .

Der Bischof, der als Vorsitzender (als Kammerrichter) an Statt des Kaisers fungirte, beglaubigt dann das Urtheil mit der Formel: „Ad mandatum domini imperatoris Udalricus episcopus pataviensis.“

Also der Kaiser selbst wird hingestellt als derjenige, von dem der Urtheilsspruch ausgeht, und an dessen Stelle oder in dessen Namen, auf dessen Befehl („ad mandatum domini“) der Kammerrichter handelt. Diese Ausdrucksweise bürgerte sich so ein, daß auch die einfachsten Verfügungen in des Kaisers Namen ergingen, als habe er persönlich sie erlassen. Einst fand ich unter Reichskammergerichtsakten als Nummer 1 des Buchstaben A einen ältesten Reichskammergerichtsprozeß, der von 1492 bis 1497 spielte, also kurz vor und kurz nach der Zeit, in welche die Neugestaltung des Kammergerichts fällt. Die Sache betraf ein verhältnißmäßig geringes Objekt: In einem Dorf bei Hanau hatte sich ein Bauer für Prozeßkosten in Höhe von 20 fl. verbürgt; er wurde vor dem Landgericht Hanau in Angriff genommen und verurtheilt. Dagegen appellirte er. Die Appellation ging an den Kaiser nach Wien. Im Februar 1492 war der Kaiser gerade in Linz. Er verfügte oder ließ von dort aus unterm 24. Februar verfügen: „Wir Friedrich . . römischer Kaiser . . entbieten Cusen Contzen — das war der Appellat — unsre Gnade. Sich hat Henn Appel — die Gegenpartei — . . . . an uns geappeliert . . . . Wenn wir nun Niemand, der uns um Recht anruft, das versagen sollen, so . . . laden wir dich, daß du auf den 45. Tag . . ., der wir dir 15 für den ersten, 15 für den zweiten, und 15 für den dritten und letzten Rechttag setzen“, (Sie erinnern sich

an die 6 Wochen und 3 Tage, an die Frist der dreimal Vierzehnnachte, von der ich früher sprach),[1] „und ob derselbige Tag kein Gerichtstag sein würde, auf den nächsten Gerichtstag darnach vor uns oder dem wir das an unser statt befehlen, wo wir dann zumal im Reiche sein werden, selbst oder durch einen Anwalt erscheinst . . . . Danach richte dich zu achten.“ Hier gewinnen Sie, meine Herren, zugleich einen Einblick in die Schwerfälligkeit des damaligen Reichsgerichtsprozesses: ein Dorfbewohner aus der Nähe Hanau's oder sein Anwalt wird vor den Kaiser geladen, nicht etwa an einen bestimmten Ort, sondern dahin, wo nach Ablauf der nächsten 45 Tage der Kaiser sich gerade aufhält. Denn da, wo er jeweilig ist, hält er Gericht. Der Geladene mag dafür sorgen, daß ihm der Aufenthalt des Kaisers bekannt wird — vor vierhundert Jahren sicher für manche Partei eine schwer zu lösende Aufgabe; ein halbes Jahr brauchte unsere Ladung, um von Linz über Wien nach Hanau zu Händen des Appellaten zu gelangen. Auf der Rückseite steht vermerkt: Citacio domini Friderici. Also der Kaiser galt in der That als derjenige, welcher lud. In dieser Weise schlich sich der Gedanke, daß der Kaiser persönlich der oberste Richter sei, in die Praxis des Kammergerichts ein. Die Stände des Reichs kämpften allerdings dagegen. In der Kammergerichts-Ordnung von 1555 ist deshalb die Supplicatio ad Caesarem besonders ausgeschlossen. Aber der Kaiser fand einen andern Weg, die eigene Gerichtsbarkeit auszuüben. Neben dem Reichskammergericht bildete sich der Reichshofrath in konkurrirender Jurisdiktion. Die Partei konnte sich nach ihrem Belieben auch an den Reichshofrath wenden; hier sprach, wenn er wollte, der Kaiser selbst Recht, oder er ließ seine Räthe in seinem Namen Recht sprechen. Und was der Kaiser that, nahmen sich allmählich die Landesherren, die Herren der deutschen Territorien, zum Vorbilde. Als die Territorialgewalt infolge des westfälischen Friedens eine große Verstärkung erhielt und vom Schwedenkönig im Jahre 1653 als „summum tribunal“ das Wismarer Tribunal geschaffen war, da trat auch in Brandenburg-Preußen der Gedanke hervor, daß der Landesherr es sei, der das Recht zu sprechen habe. In der Wismarer Konstitution heißt es: „Geben Euch hiermit . . . Unsern Präsidenten, Vizepräsidenten und Beisitzern vollkommen Macht und Gewalt, was Recht ist,

---

[1]) Siehe oben S. 107.

an Unser Statt und in Unserm Namen, daß sie verschaffen, was Recht ist, wie Wir solches aus ordentlicher Macht und sonst Selber zugegen thun könnten und möchten, wollen auch, was sie also in Rechten verhandeln und zu vollziehen gebieten werden, nicht anders, als wenn Wir es selber in eigener Person gethan, gehandelt und anbefohlen gehalten haben.“ Diesem Beispiele folgte man in Brandenburg; im Jahre 1661 nannten die Stände bereits „Seine kurfürstliche Durchlaucht“ das „summum tribunal“, und als im Jahre 1701 nach der Krönung ein französisches Obergericht errichtet wurde, bestimmte eine königliche Verordnung, daß die Richter der Revisionsinstanz ihre Sentenzen „nicht mehr wie zuvor, unter ihrem eigenen Namen, sondern unter Seiner Königlichen Majestät Namen fassen“ sollten. Das war keineswegs eine bloße Form. Denn um dieselbe Zeit ist es vorgekommen, daß Friedrich selbst den „Justizthron“, der in Königsberg nach der dortigen Oberappellationsgerichtsordnung ihm immer offen gelassen wurde, zweimal als Kurfürst und einmal als König betreten hat. In diesen drei Fällen aber wird ausdrücklich berichtet, daß der König nicht selbst das Recht gesprochen, sondern daß er nur die Stimmen der Gerichtsbeisitzer — wie der „Richter“ ältester Zeit — gesammelt und den Spruch verkündet habe, den sie beschlossen. Auch der Kaiser erkannte die oberste Richtergewalt der Landesherren an. Denn in dem kaiserlichen Privileg König Friedrichs I. vom Jahre 1702 wird gesagt: „An das Reich soll nicht appellirt werden von Urtheilen, die von des Kurfürsten und Königs Liebden oder dem Hof- und anderen Gerichten ausgesprochen und eröffnet worden.“

Zufolge dieser Auffassung hatte sich allmählich eine Sitte ausgebildet, daß der König stets als oberste Instanz angerufen werden konnte. Er hielt sich dann berechtigt, in jeder Lage des Prozesses einzugreifen. Welche Störung des Ganges der Rechtspflege solche Eingriffe hervorbrachten, ergiebt sich schlagend aus einem Berichte des Berliner Kammergerichtspräsidenten von 1705. Darin heißt es, daß innerhalb kaum eines Jahres nicht weniger als 500 kontraire Reskripte an das Kammergericht ergangen seien, die den Lauf der Justiz beeinträchtigt hätten. Schwerlich wollte damit der Kammergerichtspräsident die oberste Richtergewalt selbst in Zweifel ziehen; er beklagte nur ihre zu häufige Anwendung. Ergiebt doch eine in der Mylius'schen Sammlung abgedruckte allgemeine Anordnung des Königs

aus dem Jahre 1708, daß für Entscheidungen streitiger Justizsachen „durch einen Machtspruch oder sonst auf speziellen Allerhöchsten Befehl" eine besondere Form, nämlich die eigenhändige Unterschrift des Königs oder in seiner Abwesenheit des Kronprinzen, vorgeschrieben wurde. Sie sehen also, der Machtspruch ist direkt in die Gesetze als eine in dem geltenden Staatsrecht begründete Institution eingeführt. Mit der Entwicklung der Souveränität lag es nahe, dem Landesherrn das Recht zuzusprechen, in jeder Sache den maßgebenden Spruch zu thun. Unterschied sich doch der Spruch eines obersten alleinigen Gesetzgebers wenig von einem Spruche, den der König in seiner Eigenschaft als oberster Richter that. Friedrich der Große hat bis gegen das Jahr 1750 den Gedanken der landesherrlichen Richtergewalt festgehalten. Auch er betrachtete es als naturgemäßen Ausfluß seiner königlichen Autorität, Machtsprüche zu thun, und er hat bis zu jenem Jahre mehrfach Machtsprüche gethan. Damals aber vertheidigte Montesquieu den Satz, es müsse die richterliche und die gesetzgebende Gewalt getrennt sein; nur Monarchen der despotischen Staaten des Orients seien es, die für sich das Recht in Anspruch nähmen, selbst zu richten. Dieser von den Encyklopädisten adoptirten Lehre schloß sich dann Friedrich der Große an. Er hat es seitdem offen ausgesprochen, daß es seine Maxime sei, in schwebende Privatrechtsstreite nicht einzugreifen, sondern sie dem Gericht zu überlassen. Im Jahre 1765 veröffentlichte der Großkanzler Jariges eine Schrift, in welcher er — offenbar in Uebereinstimmung mit dem König — bekannte, „daß ein Monarch, welcher über freie Männer herrsche und sie den Gesetzen gemäß regiere, nie das Richteramt üben dürfe, weil selbst die gerechtesten Entscheidungen der Herrscher ungesetzlich seien und der Staatsverfassung widersprächen". Ebenso verkündete die Justizverfassung, die der König im Jahre 1772 den neuerworbenen polnischen Landestheilen verlieh: „Wir oder Unser Etatsministerium geben keine Entscheidungen, so die Kraft einer richterlichen Sentenz haben."

Das galt aber nur von Entscheidungen in Civilsachen oder wie man sie auch nannte, Parteisachen oder Justizsachen. Anders lag es in Kriminal- oder Strafsachen. Die Strafurtheile wichtigerer Art bedurften kraft alten Rechtes, ehe sie vollzogen werden konnten, der landesherrlichen Bestätigung. Das war ebenfalls eine Art der Ausübung oberstrichterlicher Gewalt; aber dieses Bestätigungsrecht dachte

der König nicht aus der Hand zu geben; es ist in Preußen geübt worden bis tief in dieses Jahrhundert hinein.

Dadurch, daß Friedrich der Große grundsätzlich erklärte, die Entscheidung von Parteisachen den Gerichten überlassen zu wollen, kam er in ein schwieriges Dilemma, als es bei ihm zur Ueberzeugung wurde, die Gerichte thäten nicht ihre Schuldigkeit, sie seien säumig und urtheilten parteiisch. Was sollte geschehen? Er als König fühlte die Pflicht einzugreifen, und er hatte sich selbst durch feierliche Kundgebung seiner Maximen den Weg verschlossen, die Prozesse in die seiner Meinung nach richtige Bahn zu lenken. Es blieb nur übrig, die Strafjustiz zu Hilfe zu rufen. Auf deren Gebiet war der König noch im Besitze der obersten Richtergewalt. Er gab deshalb zunächst Gesetze, die den Richter mit Strafe bedrohten, wenn er gegen seine Pflicht handelte, und diese Strafgesetze gingen allmählich immer schärfer vor, bis schließlich im Jahre 1777 das letzte von ihnen dem Könige selbst nicht blos die Strafurtheile, sondern sogar die Untersuchungen gegen pflichtwidrige Richter vorbehielt. Nur daraus erklärt sich das Verfahren des Königs behufs Entscheidung des Prozesses Arnold. Er gab die Sache an das Kriminalkolleg ab, und als dieses ein Urtheil nach des Königs Wunsch nicht fällte, sprach er selbst das Urtheil im zweifellosen Glauben, daß er sich dadurch mit seinen Maximen nicht in Widerstreit setze. Soweit es sich um die Verhängung einer Strafe gegen die Richter handelte, wäre das nach jenem Strafgesetz formell richtig gewesen, das Urtheil des Königs griff jedoch auch über in das Gebiet des Civilrechts. Die Mühle Arnold's war von ihrem Ersteigerer bereits anderweit verkauft; sie wurde dem Käufer abgenommen und an Arnold zurückgegeben. Insofern verstieß doch das Erkenntniß gegen die Prinzipien, die der König ausgesprochen hatte; aber er hielt sein Vorgehen für geboten, um das Unrecht wieder gut zu machen, das vermeintlich dem Müller widerfahren war.

Sie werden es nun begreiflich finden, daß Carmer, als er berufen wurde, die Schäden der Justiz zu heilen, bald die Ziele Cocceji's wieder aufnahm, das ganze Justizwesen auf neue Grundlagen zu stellen, d. h. vor Allem eine Prozeßordnung und ein Landrecht zu schaffen. Um diesen Zielen nachzugehen, brachte er aus Schlesien alsbald seinen Svarez mit nach Berlin, den einzigen Menschen in des neuen Großkanzlers Augen, „der ihn zu soulagiren im Stande wäre." Nach drei Monaten war der Plan eines künftigen Gesetz-

buches so weit gereift, daß er durch die grundlegende Ordre des Königs vom 1. April 1780 festgestellt werden konnte. Vierzehn Jahre erforderte die Vollendung des Werkes.

Gegenüber den Vorgängen des Dezembers 1779 erklärt es sich, daß die Verfasser des Gesetzbuchs sich anschickten, demselben die Lehre von der oberstrichterlichen Gewalt, von den Machtsprüchen, in einer Gestalt einzuverleiben, welche eine Widerkehr ähnlicher Vorgänge wie der des Dezember 1779 verhüten sollte. Zu diesem Zwecke bestrebten sich jene Verfasser in dem Gesetzbuche dem Satze Aufnahme zu verschaffen: „Durch Machtsprüche soll Niemand an seinem Rechte gekränkt werden," und ebenso dem weiteren Satze: „Beamte dürfen nicht ohne Urtheil und Recht ihres Amtes entsetzt werden;" sie bestrebten sich auch, bei Strafurtheilen ein Recht des Staatsoberhauptes auszuschließen, vermöge dessen die gerichtlich erkannten Strafen geschärft werden könnten. Insofern ist der Prozeß Arnold der Anlaß gewesen, sehr wichtige staatsrechtliche Grundsätze in den Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuchs hineinzufügen. Gerade diese Grundsätze aber, welche solchergestalt an der Wiege des A.L.R. standen, sollten fast den Nagel zu seinem Sarge abgeben. Weil sie in das neue „Gesetzbuch" aufgenommen waren und dadurch Carmer und Svarez nach Ansicht ihrer Gegner unliebsame Neuerungen geschaffen hatten, statt die bestehenden Gesetze einfach als „Preußisches Landrecht" zu kodifiziren, wurde das im März 1791 mit Gesetzeskraft vom 1. Juni 1792 bereits publicirte „Gesetzbuch" im April 1792 plötzlich wieder suspendirt. Erst als in Folge der dritten Theilung Polens sich das Bedürfniß einer Gesetzgebung für die neuerworbenen Landestheile herausstellte, griff man auf das beiseitegelegte „Gesetzbuch" zurück, verlangte aber vor Allem die Ausmerzung jener staatsrechtlichen Maximen; nicht sei der Zweck des legislatorischen Vorgehens, reformatorischen Ideen über die Fortentwicklung des Staatsrechts gesetzliche Sanktion zu verleihen, Ideen, wie sie den Sturz des französischen Königthums vorbereitet hätten; diese „neuen Sachen" dürften nicht geduldet werden. Darum müsse auch das „Gesetzbuch" seinen Namen ändern, es müsse zu einem „Landrecht" werden im Sinne der vielen Landrechte, die in Deutschland als Zusammenfassung des geltenden Rechtes, nicht als Schöpfungen neuen Rechtes beständen. Von diesem Standpunkt aus wurde das allgemeine Gesetzbuch in das allgemeine Landrecht verwandelt, dessen Publikation heute ihren Säkulartag feiert.

Hier in der Hand halte ich ein Exemplar des allgemeinen Gesetzbuchs von 1791. Dies Exemplar befand sich damals im Besitze eines Mitarbeiters von Carmer und Svarez, des spätern Justizministers Kircheisen. In diesem Exemplare sind die Paragraphen, die verpönt wurden, weil sie neue Sachen enthielten, von Kircheisen eingeklammert. Dahin gehört alsbald auf dem ersten Blatte der § 6 der Einleitung, der die Machtsprüche verbietet. Die Redaktoren hatten dieses Verbot, das sie für sehr wichtig hielten, mit an die Spitze ihres Entwurfes gestellt; es vor Allem aber wurde gestrichen. Wie lebendig indeß der Gedanke an Wiederherstellung dieses gestrichenen Paragraphen in Denen war, die am Entwurfe des allgemeinen Gesetzbuches mitthätig gewesen, zeigt ein Vorgang des Jahres 1817. Damals nach dem Erwerbe der Rheinprovinz trug man sich mit dem sehr natürlichen Gedanken, den französischen Code durch das A.L.R. zu ersetzen. Dies wäre nur zu erreichen gewesen durch eine vorherige Revision des A.L.R. Die Revision wurde in Angriff genommen und mit derselben der ehemalige Justizminister Beyme, eine besondere Vertrauensperson des Königs, beauftragt. Beyme hatte unter Svarez als junger Assessor an dem Gesetzbuche mitgearbeitet. Er hatte dann im Jahre 1798 als Mitglied der Kommission, welche gegen die Gräfin Lichtenau auf Rückgabe der ihr von König Friedrich Wilhelm II. geschenkten Güter erkennen sollte, den Machtspruch niederschreiben müssen, den Friedrich Wilhelm III. in dieser Sache that. Schmerzlich bewegt dadurch, daß der König, ohne sich an die Vorschläge der eingesetzten Kommission zu kehren, die Güter der Lichtenau konfiszirte und die Gräfin selbst internirte, nahm er 1817 in sein Programm das Verlangen auf, daß der § 6 der Einleitung des Allgemeinen Gesetzbuchs (also das Verbot der Machtsprüche) wieder hergestellt werden müsse. Es kam nicht dazu. Wir ersehen aber daraus, welche hohe Bedeutung jenen staatsrechtlichen Grundsätzen beizulegen war. Bis zum Jahre 1847 lassen sich auch immer noch Spuren verfolgen, die auf den Gedanken einer oberstrichterlichen Gewalt des Königs hinweisen. Prinzipiell entschieden ist die Frage für Preußen erst durch die Verfassung, die ausdrücklich verkündet[1]): „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, keiner andern Autorität als der des Gesetzes unterworfenen Gerichte ausgeübt."

[1]) Art. 86.

Das ist die Kehrseite des Gedankens von der oberstrichterlichen Gewalt, das ist der Gedanke, den die Verfasser des A.L.R. in dessen Entwurf schon hineinlegten: Machtsprüche sind verboten, oder was dasselbe ist: die Gerichte haben nicht mehr auf Befehl (im Namen, ad mandatum) des Königs zu entscheiden. Neben dem Gebote der richterlichen Unabhängigkeit hat aber in unsere Verfassung noch ein Rest des alten Gedankens Aufnahme gefunden, nämlich der, daß die Gerichte ihre Gewalt „im Namen des Königs" ausüben und ihre Urtheile „im Namen des Königs" ausfertigen sollen. Der betreffende Verfassungsartikel lautet nämlich vollständig:

> „Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt. Die Urtheile werden im Namen des Königs ausgefertigt und vollstreckt."

In dem Artikel mischen sich also zwei diametral entgegenstehende Prinzipien, wie Feuer und Wasser. Schwerlich ist dem Autor dieses Artikels die geschichtliche Entwickelung der Formel klar gewesen, nach welcher die Urtheile „im Namen des Königs" (ad mandatum regis) ergingen. Jedenfalls sollte nach der Absicht der Verfassung die Formel eine wesentlich andere Bedeutung erhalten, als früher. Es reihte sich damit die Formel denjenigen Formeln ein, von welchen ein Schriftsteller über England sagt: „Jede Generation vererbt eine Anzahl von unzutreffenden Wörtern und Grundsätzen, die einst wahr gewesen sind, deren Wahrheit aber im Abnehmen begriffen ist oder bereits aufgehört hat." Heute will die Formel „im Namen des Königs" sagen, daß der König Inhaber der Justizhoheit und der Justizverwaltung ist, daß von ihm die Gerichte besetzt werden, und daß sie von ihm ihre Befugniß ableiten, Recht zu sprechen, sowie ihre Urtheile vollstrecken zu lassen. Zugleich diente aber der Verfassungsartikel einem weiteren Gedanken zum Ausdrucke, nämlich dem, daß nach der im Jahre 1849 erfolgten Beseitigung der Patrimonialjurisdiktion kein Patrimonialherr mehr, sondern nur der König Inhaber der Justizhoheit sei. Minister Uhden erklärte kurz vor Erlaß der Verfassung im Landtage, daß 4555 Patrimonialgerichte in Preußen beständen. Jedes dieser Gerichte hatte bis dahin seinen Gerichtsherrn, in dessen Namen es judizirte. Das hörte von da an auf; die gesammte Justizhoheit konzentrirte sich im Könige.

Für die Gegenwart sind also die großen staatsrechtlichen Fragen,

die der Entstehung und Fortbildung des A.L.R. so viele Schwierigkeiten bereiteten, völlig geklärt; unsere neuere Gesetzgebung hat mit diesen Schwierigkeiten nicht mehr zu kämpfen. Mit anderen allerdings in reichlichem Maße. Ich glaube, wir Alle blicken gleichwohl mit froher Erwartung auf das neue Gesetzbuch, das für unser Deutsches Reich vorbereitet wird. Ihm gegenüber ist uns das A.L.R. ein Bau, der auf Abbruch steht, ehrwürdig, aber voraussichtlich nicht mehr von langer Dauer. Um ihn herum haben sich neue Mauern erhoben. Hoffen wir, daß sie in nicht allzuferner Zeit unter Dach kommen, daß uns endlich zu theil wird, was Jahrhunderte lang und jetzt seit dem Jahre 1870 mit vermehrter Kraft erstrebt wird.

---

# 13.

Unser Fall Kastor gegen Benno[1]) bewegt sich, wie Sie gemerkt haben werden, wiederum vorzugsweise auf dem Gebiete der Interpretation des Parteiwillens und des gesetzgeberischen Willens; er schließt sich deshalb an den zuletzt besprochenen Fall[2]) passend an. Der Fall liegt etwas komplizirter als der vorige Fall. Bei letzterem hatten wir uns nur mit einer von zwei Personen uno actu getroffenen Vereinbarung zu beschäftigen, bei der wir fragten: was haben die Leute gewollt, und konnten sie es nach dem Gesetze wollen? Auch im Falle Kastor gegen Benno fragen wir: Was haben die Leute gewollt? Aber dieser Wille ist nicht so einfach zu enträthseln, als in dem erstern Fall. Es kommen eine Reihe von Thatsachen in Betracht, aus denen der Gesammtwille der Parteien zu entnehmen ist. Mehrere Akte hinter einander unterliegen unserer Interpretation. Sehr häufig tritt in der Praxis diese Art von Interpretationsaufgabe an den Richter und den Anwalt heran, namentlich wenn durch Briefe Verträge geschlossen sind und die Parteien eine ganze Korrespondenz dem Richter oder dem Anwalte mit der Erklärung vorlegen: „das ist, was wir verhandelten; daraus muß entnommen werden, was wir gewollt haben.“ Die Parteien pflegen in ihre Schriftsätze und Erklärungen aus der Reihe solcher Thatsachen nur diejenigen aufzunehmen, die ihnen dienlich sind, auch bringen sie die Thatsachen selten chronologisch. Ich kann Ihnen nicht genug empfehlen, in allen den Fällen, wo Sie einen Parteiwillen aus zeitlich getrennten Thatumständen zu ermitteln haben, sich die Thatsachen genau nach ihrer historischen Folgeordnung zusammenzustellen und einzuprägen. Handelt es sich um Briefe, so sind sie nach ihren Daten hinter einander zu legen oder wenigstens hinter einander im Zusammenhange zu beurtheilen. Das ist eine Manier, die Ihnen grundlegendes Gesetz

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 14—18. — [2]) Siehe oben S. 229 ff.

werden muß, da sie sehr dazu mithilft, ein sicheres Resultat zu gewinnen. Es wird Ihnen in der Praxis vorkommen, daß Sie erstaunen, welches Licht sich über ein Streitverhältniß verbreitet, wenn man die Thatsachen, wie sie sich ereignet haben, an einander reiht und schrittweise jede in ihrer Verbindung mit der folgenden abwägt. Was die Parteien über die Bedeutung der Thatsachen ausführen, kommt daneben erst in zweiter Linie in Betracht.

So wollen wir auch den hier vorliegenden Fall behandeln, ihn Schritt vor Schritt untersuchen und bei jedem Faktum Halt machen mit der Frage: was hat das neu hinzutretende Faktum im Anschlusse an das vorausgegangene für eine juristische Bedeutung?

Einiges ist noch voranzuschicken. Die Klage enthält nur die Behauptung: Beklagter hat die fraglichen Aktien „gekauft". Beklagter leugnet das; er fügt zugleich hinzu: „Die Sache war vielmehr folgende ꝛc.," und er schließt aus seinem Vorbringen: „Es ist kein Kauf zu Stande gekommen." Nun bringt der Kläger noch weitere Thatsachen vor, aus denen er seinerseits schließt: „Es ist doch ein Kauf zu Stande gekommen." Alle die zehn von mir durchgesehenen Arbeiten haben klar erkannt und zwar in einer das Ihnen mitgetheilte Urtheil[1]) beschämenden Weise erkannt, daß es sich nicht um zwei Kaufverträge, um einen Kauf und getrennt davon um eine anderweite Verhandlung am Telephon handelt, sondern daß der Kläger nur anfänglich schlechtweg einen „Kauf" behauptet, mit Rücksicht aber auf das Leugnen des Beklagten nachträglich diesen „Kauf" substanziirt hat. Sie werden sich unserer früheren Erörterung der Substanziirungspflicht[2]) erinnern. Ob eine Klagbehauptung, wie: der Beklagte hat „gekauft", genügend substanziirt ist oder nicht, hängt ab von dem, was der Beklagte erklärt. Wir unterstellen: der Beklagte beschränkt sich auf ein Leugnen. Nehmen wir nun weiter an, der Kläger hätte dem Beklagten den Eid zugeschoben, der Richter hätte den Eid auferlegt und der Beklagte hätte geschworen, daß er die fraglichen Aktien „nicht gekauft" habe. Damit wäre der Prozeß zweifellos erledigt gewesen. Durch diese Art Prozeßführung hätten sich aber die Parteien selbst sehr im Lichte gestanden; sie hätten einen richterlichen Ausspruch über das, worüber sie in Wahrheit streiten, nicht erlangt. Der Streit dreht sich lediglich darum, ob aus gewissen feststehenden Thatsachen

[1]) Siehe Beilageheft S. 16 bis 18. — [2]) Siehe oben S. 43. 55. 65.

folgt, daß die Parteien einen Kaufvertrag zum Abschluß gebracht haben, oder ob daraus folgt, daß unter den Parteien ein Kauf nicht zum Abschluß gelangt ist. Das heißt: die Parteien streiten lediglich über eine vom Richter zu entscheidende Rechtsfrage, über die Frage, wie gewisse vorgekommene Thatsachen rechtlich zu beurtheilen sind. Um den Richter in die Lage zu setzen, sachgemäß zu entscheiden, müssen ihm also die Parteien jene Thatsachen unterbreiten. Das thut aber der Kläger nicht, wenn er sich auf die Behauptung beschränkt, der Beklagte habe die fraglichen Aktien „gekauft", und der Beklagte thut es ebenfalls nicht, wenn er sich auf die Erklärung beschränkt, er habe die Aktien „nicht gekauft". Eine solche Art der Prozeßführung bringt dem Kläger den Nachtheil, daß er die Entscheidung des Prozesses dem Eide des Beklagten über das „Nichtgekauftsein" anheimstellt, während dem Kläger daran gelegen sein muß, einen Richterspruch über die Frage zu erlangen, ob gekauft oder nicht gekauft ist. Und eine solche Prozeßführung bringt dem Beklagten (für den Fall, daß die feststehenden Thatsachen den Abschluß eines Kaufes ergeben) den Vortheil, durch Leistung des Eides, es sei nicht gekauft, den Prozeß zu gewinnen; sie bringt dem Beklagten aber (für den Fall, daß die feststehenden Thatsachen den Nichtabschluß eines Kaufes ergeben) den Nachtheil, daß er einen unnützen, für eine gewissenhafte Partei bedenklichen Eid leisten muß, obwohl er bei richtiger Darlegung der stattgehabten Parteiverhandlungen ohne jede Eidesleistung Sieger im Prozesse sein würde. Also jede der beiden Parteien hat ein Interesse dabei, nicht blos dem Richter gegenüber zu behaupten oder zu leugnen, es sei „gekauft", sondern auf die zwischen ihnen vorgekommenen Thatsachen näher einzugehen. Wird übrigens der Prozeß durch des Beklagten Eid, es sei nicht gekauft, erledigt, so ist er für alle Zukunft erledigt; der Kläger kann nicht etwa nachträglich in einem neuen Prozesse die Thatsachen geltend machen, aus denen er schließt, es habe ein Kauf stattgefunden; denn einer solchen Klage stände die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen.

Es ist daher nicht sachgemäß und nicht klug, wenn des Klägers Anwalt die Klage auf die nackte Behauptung des stattgehabten Kaufes stützt. Der Anwalt des Beklagten bringt aber die Sache in das richtige Geleis, indem er sich nicht auf ein Leugnen der Behauptung des stattgehabten Kaufes beschränkt, vielmehr speziell das darstellt, was

zwischen den Parteien verhandelt worden ist, und daraus den Schluß zieht, es sei nicht gekauft, sondern resultatlos über einen abzuschließenden Kauf verhandelt. Demnächst bringt auch Kläger die einzelnen Thatsachen, auf Grund deren er sich berechtigt glaubt, der Auffassung des Beklagten entgegenzutreten und bei der Behauptung zu bleiben, es sei gekauft. In Folge dessen verwandelt sich seine „Behauptung", es sei gekauft, in eine rechtliche Schlußfolgerung, wie auch des Beklagten „Leugnen" als eine rechtliche Schlußfolgerung aus den von ihm dargelegten Thatsachen erscheint.

Der Verfasser des Ihnen vorliegenden gedruckten Erkenntnisses hat diese ganze Sachlage nicht verstanden. Vor Allem mußte er beachten, daß der erste Theil der Parteiverhandlung (das Klagvorbringen und dessen Leugnen) vollständig in den weiteren Theilen der Parteiverhandlung aufgegangen, vollständig von ihnen aufgezehrt worden ist: das Klagvorbringen, es sei „gekauft" und das Leugnen, es sei „nicht gekauft", ist eines wie das andre zu einer bedeutungslosen Rechtsausführnng, zu einer von der Partei zu ihren Gunsten gezogenen juristischen Folgerung herabgesunken und durch speziellere (den Kauf wie den Nichtkauf substanziirende) Thatsachen ersetzt worden. Das haben alle von mir durchgesehenen Arbeiten richtig erkannt; sie haben sich richtig nur mit den Spezialthatsachen beschäftigt, welche den angeblichen „Kauf" darlegen sollen, und haben richtig die Klagbehauptung, daß gekauft sei, nebst dem Leugnen der Klagbeantwortung, daß nicht gekauft sei, im Thatbestande gänzlich bei Seite gelassen. Die Urtheilsentwürfe beginnen demgemäß völlig korrekt überall mit der vorerst entscheidenden wichtigsten Thatsache, mit der telephonischen Anfrage, die an Benno gerichtet werden sollte.

In dieser telephonischen Anfrage liegt, wie wiederum alle Arbeiten richtig erkannt haben, eine Offerte im Rechtssinne. Das gerichtliche Urtheil sagt merkwürdigerweise, es läge keine Offerte vor, sondern nur eine Aufforderung, eine Offerte zu machen. Wenn Jemand sagt: „Wollen Sie 10000 Mk. Hörder-Aktien zu 110 von mir Kassa nehmen?" so ist das zweifellos eine Offerte; der Frager will zum Kaufe offeriren; der Befragte braucht nur „ja" zu sagen, und das Geschäft ist geschlossen.

Damit kommen wir auf das Gebiet der Offerte. Sie ist gewissermaßen das Ausstrecken der Hand Desjenigen, der einen Vertrag abschließen will. Wenn Jemand 10000 Mk. Aktien oder ein Haus

für 100000 Mk. zum Kauf anbietet, so wird man zu meinen geneigt sein, daß gar nicht fraglich sein könnte: Was will der Offerent? Sicher ist auch der Vertrag perfekt, wenn der Andere sofort erwidert: „Ich kaufe die Aktien (oder das Haus) für den Preis“. In unserm Falle ist aber die Hauptzweifelsfrage, ob die gestellte Offerte angenommen ist. Wir müssen daher zunächst den in einer Offerte überhaupt liegenden Willen des Offerenten klarstellen. Was will Derjenige, der eine Offerte macht? Es ist eigenthümlich, daß die Antwort auf diese Frage im Laufe der Zeiten einen großen Wechsel erfahren hat: das römische und das gemeine Recht steht auf einem ganz andern Standpunkt als das heutige. Das römische Recht hat folgende Auffassung: Jemand, der seine Hand zum Vertragsschlusse ausstreckt, ist hierdurch nicht gebunden; denn zur Bindung gehört ein Vertrag; eine einseitige Erklärung hat keine bindende Kraft. Daraus folgt, daß jederzeit Derjenige, welcher die Hand ausstreckt, sie einziehen kann, so lange der Andere nicht eingeschlagen hat. Wie ist es aber mit der Annahmefähigkeit der Offerte? Wie lange gilt der Arm als ausgestreckt? Wie lange kann der Oblat sagen: „Ich nehme an“? Daß die Annahme nicht in infinitum statthaft sein kann, wird kaum zweifelhaft sein. Es bietet Jemand ein Haus an; der Andere schreibt nach zehn Jahren: „Jetzt nehme ich an“. Ein verständiger Mensch hat nicht den Willen, zehn Jahre lang eine solche Offerte wirksam sein zu lassen, sondern höchstens nur so lange, als sie unter verständigen Menschen als fortwirkend gilt. Und bietet Jemand dem Andern Aktien an, so würde auch der Römer schwerlich gesagt haben, daß nach vierzehn Tagen die Offerte noch annehmbar sei. In Seuffert's Archiv Bd. 6 Nr. 168 ist ein Rechtsfall mitgetheilt, in welchem darüber gestritten wurde, ob eine im Jahre 1812 gemachte Offerte im Jahre 1829 noch habe angenommen werden können. Es wird dort ausgeführt — was kaum einer Ausführung zu bedürfen scheint — daß diese Offerte im Jahre 1829 nicht mehr annahmefähig war. Obwohl das römische, wie das gemeine Recht jederzeit die Offerte für widerruflich ansieht, kennt es doch eine nach den Umständen des einzelnen Falles zu bemessende Frist der Annahmefähigkeit, was zu schwierigen Fragen Anlaß giebt. Jedenfalls ist nach römischem und gemeinem Recht eine Offerte, auch wenn sie unter Leuten gestellt wird, die einander gegenüberstehen (unter „Gegenwärtigen“), eine nach den Umständen des Einzelfalles zu be-

stimmende Zeit hindurch annahmefähig. Erwidert der Oblat nicht sofort, kommt er vielmehr z. B. nach drei Stunden wieder und sagt: „Jetzt nehme ich an," so ist in den meisten Fällen nunmehr ein bindender Vertrag zu Stande gekommen, es müßte denn aus der Natur des Geschäfts hervorgehen, daß sofortige Antwort nöthig war.

Im gemeinen Rechte decken sich also die Annahmefähigkeit und die Widerruflichkeit in ihrer zeitlichen Ausdehnung: so lange die Offerte annahmefähig ist, so lange bedarf sie auch, um die Annahmefähigkeit zu verlieren, des Widerrufs; nachher fällt sie ohne Widerruf in sich zusammen. Das römische Recht und das gemeine Recht ging bis in die letzten Jahrzehnte hinein hier und da so weit, daß es selbst eine Offerte für nicht bindend erklärte, bei welcher der Offerent sagt: „Ich will vierzehn Tage gebunden sein". Noch vor nicht allzulanger Zeit fällten oberste Gerichtshöfe Urtheile, daß auch eine solche Erklärung den Offerenten nicht hindert, andern Tages die Offerte zurückzunehmen. Hören Sie folgenden Fall aus der Praxis: Es offerirt Jemand zu einem bestimmten Preise am 1. Mai Getreide mit dem Zusatz: „ich werde bis zum 25. Mai auf Antwort warten". Nach acht Tagen erscheint der Oblat; der Offerent ruft ihm von Weitem entgegen: „Sie kommen gewiß, um mein Angebot anzunehmen, ich nehme es aber hiermit zurück". Ein höchster Gerichtshof hat damals erkannt[1]), der Offerent könne rechtswirksam widerrufen; eine Offerte binde nicht; lediglich die Annahmefähigkeit der fraglichen Offerte sei bis zum 25. Mai begrenzt; der Offerent habe nichts weiter gewollt, als daß eine nach dem 25. Mai erklärte Annahme nichts mehr gelten solle; er habe sich nur insofern gebunden, als er seine Offerte bis zum 25. Mai für annahmefähig erklärt habe, wenn er sie nicht vorher zurückzöge. Heute ist das anders, wenigstens im Gebiete des Preußischen A.L.R. und des H.G.B; zum Theil auch in dem des gemeinen Rechts. Im Laufe der Zeit hat sich die Auffassung des älteren Rechts in ihr Gegentheil umgewandelt; der Grund liegt in den veränderten Verkehrsverhältnissen. Niemand, der eine Offerte macht, will Wochen oder Monate auf die Annahme warten, und Jeder will auch, daß der, der sie gemacht hat, sie nicht beliebig zurücknimmt. Deshalb ist schon im vorigen Jahrhundert von den Naturrechtslehrern die Theorie

---

[1]) Vergl. Strippelmann, bemerkenswerthe Entscheidungen Bd. 5 S. 416, 417.

aufgestellt, eine Offerte binde in der Weise, daß sie nicht beliebig widerrufen werden könne. Zunächst nimmt man an: wenn Jemand sich verpflichtet, die Offerte soll eine gewisse Zeit hindurch gelten, so ist sie für die Dauer dieser Zeit unwiderruflich. Der Parteiwillen, der sich einer solchen Bindung unterwirft, ist zu respektiren, auch in Fällen, in denen er nur einseitig erklärt, nicht durch Gegenerklärung des andern Theiles zum Vertrage geworden ist. Die einseitige Erklärung: „Ich will den Vertrag schließen," hat für den Offerenten eine gewisse Wirkung: er darf sie nicht zurückziehen. Bei dieser Auffassung ist es klar, daß, wenn die Parteien nichts darüber verabredet haben, wie lange die Offerte gelten soll, das Gesetz eintreten muß. In der einen Kategorie von Fällen bindet die Offerte kürzer als in der andern Kategorie von Fällen. Da ist zunächst unser A.L.R. gekommen, und ihm folgte dann das H.G.B.: beide Gesetzbücher bestimmten, daß die Offerte eine gewisse Bindung im Gefolge habe, beide aber entschieden merkwürdigerweise die Frage, wie es mit der Frist der Annahmefähigkeit stehe, nicht mit klaren Worten. Das Landrecht sagt (I. 5 § 90): „Die Annahme eines Versprechens muß, wenn sie gegen den Versprechenden verbindliche Kraft haben soll, zur gehörigen Zeit geschehen". Was ist damit festgesetzt für den Fall, daß der Oblat verspätet annimmt? Wirkt dann das Versprechen noch für den Versprechenden derart fort, daß er nach beliebiger Zeit die Annahme des Versprechens geltend machen kann und die Einwendung des Oblaten nicht zu fürchten hat, es sei die Annahmeerklärung eine verspätete gewesen? Und will das Handelsgesetzbuch, wenn es in Artt. 318, 319 den Antragenden bei verspäteter Annahme an seinen Antrag „nicht mehr für gebunden" erklärt, damit dem Antrage die Annahmefähigkeit auch zu Gunsten des Antragenden absprechen? Diese Fragen sind nicht deutlich beantwortet. Deutlich ist nur gesagt, inwiefern die Offerte bindet. Bezüglich der bindenden Wirkung der Offerte, oder was dasselbe ist, bezüglich ihrer Widerruflichkeit haben das A.L.R. und das H.G.B. wesentlich denselben Grundsatz: wenn eine Offerte nach dem Willen des Gesetzgebers eine Zeit lang bindend sein soll, müssen diese Fristen kurz sein. Deshalb ist die Bindung, die das A.L.R. und das Handelsrecht für eine solche Offerte ausspricht, eine viel kürzere als die nach dem Ermessen des Richters zu bestimmende Annahmefähigkeit des gemeinen Rechts. Landrecht wie Handelsrecht unterscheiden zwischen Ver-

trägen unter Gegenwärtigen und unter Abwesenden. Beide Rechtssysteme sagen: Unter Gegenwärtigen muß sofort geantwortet werden, wenn die Offerte mündlich geschieht; offerirt A. dem B. mündlich Aktien, so hat B. sofort sich zu erklären, sonst ist die Offerte nicht verbindlich; von einer Frist ihrer Bindung ist also nicht die Rede. Darüber ist kein Zweifel, daß wenn unter Gegenwärtigen nicht sofort angenommen wird, der Offerent frei ist. Aber wie steht es mit der Annahmefähigkeit der Offerte? Ist die Annahmefähigkeit ebenfalls zeitlich beschränkt und auf welche Dauer? Der Oblat antwortet nicht sogleich, er geht fort und antwortet nach drei Stunden: „Ich nehme die Offerte an, die du vor drei Stunden gemacht hast". Kann nun nach Jahr und Tag der Offerent aus diesem Geschäfte klagen und geltend machen: „du hast zwar nicht sofort angenommen, aber ich hatte die Offerte nicht widerrufen, also ist der Vertrag geschlossen; du kannst dich zu meinem Nachtheil nicht darauf berufen, daß deine Annahme verspätet war"? Müßte man dies für richtig halten, so bestände auch bei Offerten unter Gegenwärtigen eine Annahmefähigkeit über den Zeitpunkt hinaus, in welchem verhandelt und nicht sofort angenommen ist. Heißt der Satz des A.L.R., daß die Erklärung über einen mündlichen Antrag „sogleich, als derselbe geschehen ist, abgegeben werden muß," um „gegen den Versprechenden verbindliche Kraft zu haben," heißt dieser Satz, daß die Offerte unter Gegenwärtigen in nichts zerfällt, wenn die Annahmeerklärung nicht sogleich erfolgt? Oder heißt er nur: dann ist der Offerent nicht gebunden, der Oblat aber (der verspätet annimmt) ist durch seine Annahme gebunden, sobald nur der Offerent für gut findet, sich auf die Annahme zu berufen?

Die landrechtliche Praxis hat sich dahin ausgesprochen, daß eine nicht alsbald angenommene Offerte hinfällig wird, also ihre Annahmefähigkeit verliert. Diese und die Nichtwiderruflichkeit der Offerte decken sich in ihrer Dauer. Daraus folgt, daß auch der Oblat, wenn er verklagt wird, sagen kann: „Ich habe die unter Gegenwärtigen gemachte Offerte erst nach drei Stunden, also verspätet (nachdem sie als bereits abgelehnt zu gelten hat) angenommen; ich berufe mich auf diese Verspätung; ich bin nicht gebunden". Allerdings ist es eigenthümlich, daß man sich zu seinen Gunsten auf die eigene Verspätung berufen kann. Aber es ist die Auffassung des Gesetzgebers, daß die Offerte vollständig erlischt. Wenn nach drei Stunden der Oblat sagt: „Ich nehme an",

so ist keine Hand mehr da, die ausgestreckt wäre. Immerhin liegt aber dann eine neue Offerte, und zwar eine Offerte des die verspätete Annahme erklärenden Oblaten vor; wenn nun der ursprüngliche Offerent rechtzeitig eine zustimmende Erklärung giebt, so ist der Vertrag geschlossen; die Offerte zu demselben lag in der verspäteten Annahmeerklärung des ursprünglichen Oblaten, und die Annahme der neuen Offerte liegt in der Schlußerklärung des ursprünglichen Offerenten, der nunmehr in die Rolle des Oblaten eingetreten ist.

Das wäre die eine Kategorie von Fällen, die es mit Anträgen unter Gegenwärtigen zu thun hat. Die zweite Kategorie von Fällen, die das Landrecht behandelt, ist die schriftliche Offerte unter Leuten, die an dem nämlichen Orte sich aufhalten. In diesen Fällen kann von einer sofortigen Annahme nicht die Rede sein; es muß eine Frist gesetzt werden: die Offerte soll 24 Stunden binden, d. h. innerhalb 24 Stunden kann der Offerent nicht widerrufen. Wie ist es aber hier mit der Annahmefähigkeit? Kommt der antwortende Brief nach 30 Stunden an, dann kann jedenfalls der Offerent sagen: „Ich bin nicht gebunden". Aber kann er, ohne eine Erklärung abzugeben, das Geschäft als geschlossen behandeln und etwa noch nach Jahren daraus klagen? Auch hier lehnt die Praxis eine über die 24 Stunden des Gesetzes hinaus währende Annahmefähigkeit ab.

Die dritte Kategorie von Fällen bildet die Offerte unter Abwesenden, d. h. unter Leuten, die nicht an demselben Orte sich aufhalten. Da befolgt unser Landrecht dasselbe Prinzip, es gewährt nur längere Frist. Der Brief wird abgeschickt; der ihn abschickt, hat den Zeitpunkt zu ermitteln, in welchem der Brief ankommt, er hat dann dem Oblaten eine ordnungsmäßige Frist zu gewähren, damit der Antwortsbrief geschrieben und abgesendet werden kann. Der Antwortsbrief kommt voraussichtlich nach dem regelmäßigen Postenlauf binnen derselben Zeit an, wie der die Offerte enthaltende Brief. Da zur Zeit der Emanation des Landrechts aber nicht immer regelmäßiger Postenlauf stattfand, hat das Gesetz Fürsorge getroffen mit Rücksicht auf etwaigen unregelmäßigen Postenlauf: wenn die Antwort mit der ersten Post nicht ankommt, so hat der Offerent noch einen Posttag zuzugeben. Die Bindung der Offerte und damit die Annahmefähigkeit verlängert sich dadurch. Die Frage, ob die Annahmefähigkeit über diesen Termin hinaus dauert, ist auch in diesen Fällen vom A.L.R. nicht entschieden, aber

hier giebt es nach Auffassung der Praxis ebenfalls keine Annahmefähigkeit, die länger dauert als die Frist der Unwiderruflichkeit.

In allen diesen Punkten ist das Handelsrecht im Wesentlichen dem A.L.R. gefolgt. Sie haben den einen entscheidenden Artikel in Ihrem Druckblatte vor sich[1]); es ist Art. 318. Derselbe lautet:

„Ueber einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschließung eines Handelsgeschäfts muß die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist.“

Hiernach ist zweifellos, daß der Offerent nicht länger „an seinen Antrag gebunden“ ist. Wie aber wenn die Annahmeerklärung nicht sogleich erfolgt, sondern später, ist die Offerte noch annahmefähig? Die Worte lassen darauf schließen, daß eine Annahmefähigkeit nicht ausgeschlossen sein soll, aber die übereinstimmende Meinung der Rechtsprechung und Doktrin geht dahin, daß, wenn nicht sofort angenommen ist, die Offerte hinfällig wird; die verspätete Annahmeerklärung kann nur als neuer Antrag in Betracht kommen, und dieser Antrag bedarf einer annehmenden Erklärung des ursprünglichen Offerenten.

Darüber spricht sich das Reichsgericht in einem der neusten Bände seiner Entscheidungen[2]), wie folgt, aus:

„Hielt der Oblat die Annahmefrist nicht ein, so war die Offerte erloschen, d. h. nicht etwa nur: der Offerent hatte das Recht, die Offerte zu widerrufen, sondern die von Anfang an zeitlich begrenzte Offerte hatte ihr Ende erreicht und damit jede Wirkung verloren. Der verspätet eingegangenen Acceptation steht keine Offerte mehr gegenüber, sie ist also wirkungslos. Der Offerent kann sie allerdings berücksichtigen, aber nur, wenn er sie zum Gegenstande eines neuen Willensaktes macht, d. h. indem er sie als eine Offerte des Oblaten auffaßt und sie als solche acceptirt. Er muß also handeln“.

Die Frist der Bindung und der Annahmefähigkeit einer Offerte stehen sich also nach Landrecht wie nach Handelsrecht gleich. Demnach giebt es überhaupt eine besondere Frist der Annahmefähigkeit neben der Frist der Unwiderruflichkeit nicht.

Der Art. 319 H.G.B. behandelt dieselbe Frage bei Anträgen

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 16. — [2]) Bd. 26 S. 8.

unter Abwesenden. Es wird eine ähnliche Fristberechnung gemacht wie im Landrecht. Jetzt kommen die Posten nicht so häufig zu spät als vor hundert Jahren. Doch aber soll, wenn der Oblat rechtzeitig seine Annahme abgesandt hat und sich ausnahmsweise ohne seine Schuld ihre Ankunft verspätet, diese Verspätung dem Oblaten nichts schaden. Deshalb sagt der Gesetzgeber:

„Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat."

Also wenn der Offerent nicht zur richtigen Zeit einen Antwortsbrief bekommt, darf er nach Ablauf der Frist des Art. 319 Abs. 1 die Offerte zurücknehmen; ja, er darf auch, nachdem die rechtzeitig abgesandte Annahme zufällig verspätet eingetroffen, noch sofort seine Offerte zurücknehmen. Insofern (aber nur insofern) wird der Verspätung der Annahme Rechnung getragen.

Das war nöthig zu erörtern, bevor wir uns des Nähern an unseren zweifellos nach Handelsrecht zu beurtheilenden Fall wagen konnten. Vor Allem wird es uns nützlich sein zu wissen: Jeder nicht rechtzeitig angenommene Antrag erlischt mit Ablauf der für die Annahme bestimmten Zeit.

Sehen wir uns für diesen wichtigen Satz noch nach einigen Belegen aus der neuesten Litteratur um.

Staub in der jüngst erschienenen neuen Auflage seines Kommentars zum H.G.B. bemerkt zu Art. 318:[1])

„Die Nichtgebundenheit des Antragenden bedeutet nicht blos, daß der Offerent zu widerrufen berechtigt ist, sondern, daß die Gültigkeit der Offerte überhaupt und von selbst erlischt und nicht mehr angenommen werden, nicht mehr die Grundlage eines Vertragschlusses bilden kann. Wenn

---

[1]) § 7 daselbst.

später der Oblat auf die Offerte zurückkommt und erklärt, sie acceptiren zu wollen, so ist dies eine neue Offerte, auch wenn der Offerent seinen Antrag bisher nicht widerrufen hatte;"
und zu Art. 319[1]):

„Trifft die Annahmeerklärung nicht in dem angegebenen Zeitpunkte ein, so ist der Offerent nicht mehr gebunden. Die Offerte ist dann nicht blos widerruflich, sondern nicht mehr annahmefähig (vergl. R.G. Entsch. Bd. 26 S. 8). Die trotzdem abgegebene Annahmeerklärung ist als solche wirkungslos, kann aber unter Umständen als neue Offerte betrachtet werden, welche acceptirt werden und so die Grundlage eines Vertrags bilden kann."

Ebenso lehren Gareis und Fuchsberger (zu Art. 318):

„Nicht länger an den Antrag gebunden" sein heißt: der Antrag erlischt, und zwar erlischt nicht blos die Unwiderruflichkeit, sondern auch die Annahmefähigkeit. . .

Im Abs. 2 handelt es sich nur um die rechtzeitig abgesandte Annahme, nicht um die Wirkungen einer verspäteten.

Es ist hier dem Offerenten die Pflicht eines nochmaligen Schreibens nach fruchtlosem Ablauf der Frist, in welcher er den Eingang der Erklärung erwarten durfte, aus Billigkeitsrücksichten auferlegt.

Durch den Ablauf der gesetzlichen Frist verliert der Antrag nicht nur die Unwiderruflichkeit, sondern auch die Annahmefähigkeit."

Den nämlichen Gedanken drückt Hahn in seinem Kommentar des H.G.B. zu Artt. 318, 319 wie folgt aus:

„Mit Ablauf der Frist hört an sich der Offerent auf, gebunden zu sein, auch ohne vorgängigen Widerruf. Er braucht sich sogar auf die verspätet eingegangene Antwort nicht zu erklären . . . . .

War die verspätet eingetroffene Annahme verspätet abgesendet, so besteht auch ohne Rücktrittserklärnng des Offerenten ein Vertrag nicht. Die Annahmeerklärung kann jedoch als Offerte des ursprünglichen Oblaten aufgefaßt werden. Wird dieselbe vom ursprünglichen Offerenten ordnungsgemäß angenommen, so entsteht ein Vertrag. Ob diese Annahme in Worten geschehen

---

[1]) § 8β daselbst.

muß, oder ob die Vornahme von Erfüllungshandlungen dazu genügt, ist nach den Umständen zu beurtheilen."

Neuerdings hat diese Frage treffend und klar der Entwurf unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs entschieden. Sie erinnern sich, daß wir fanden[1]), sowohl das A.L.R., wie das H.G.B. seien an den maßgebenden Stellen nicht sehr deutlich gefaßt. Darin liegt auch der Grund, weshalb eine Reihe von Arbeiten aus den gesetzlichen Bestimmungen herauslas, der Offerent ist zwar nicht mehr gebunden, der Oblat kann aber die Offerte immer noch annehmen, wenn sie nicht widerrufen ist. Die Vorschriften des Entwurfs sind nach der Auffassung, welche die Kommentare und die Rechtsprechung vom Handelsgesetzbuch haben, schon geltendes Recht unseres Handelsverkehrs. Diese Vorschriften des Entwurfs lauten:

„Ist für die Annahme des Antrags eine Frist von dem Antragenden bestimmt, so bleibt dieser bis zum Ablauf der Frist gebunden. Kommt die Annahmeerklärung dem Antragenden vor Ablauf der Frist nicht zu, so erlischt der Antrag (§ 82).

Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Anwesenden gemacht und von diesem nicht sofort angenommen, so erlischt der Antrag (§ 83).

Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Abwesenden gemacht, so ist der Antragende bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem er .... den Eingang der Antwort erwarten darf. Kommt die Erklärung der Annahme nicht bis zu diesem Zeitpunkt dem Antragenden zu, so erlischt der Antrag" (§ 84).

Der nämliche Gedanke, daß eine nicht rechtzeitig angenommene Offerte wirkungslos wird, ist in den Entwurf zweiter Lesung übergegangen; denn dieser Entwurf sagt:

„Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder nicht ... rechtzeitig angenommen wird" (§ 119).

Also das unterliegt keinem Zweifel: die nicht rechtzeitig angenommene Offerte wird von selbst wirkungslos.

Von diesem Standpunkte gehen wir auch bei unserem Falle aus. Neben dem Satze, daß der nicht rechtzeitig angenommene Antrag

---

[1]) Siehe oben S. 279.

erlischt, ist aber ein weiterer Satz des H.G.B. für uns von großer Bedeutung: das H.G.B. geht davon aus, daß der Offerent soll berechnen können, wie lange er gebunden ist, wie lange er eine Antwort noch erwarten darf. Durch die Vorschrift in Art. 319 des H.G.B.:

„Bei der Berechnung des Zeitpunktes, bis zu welchem der Antragende gebunden bleibt, darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen ist",

soll der Offerent in den Stand gesetzt sein zu berechnen, wann eine rechtzeitige Absendung der Antwort hat erfolgen können[1]). Eine in das Unbestimmte hinein bindende Offerte darf nicht unterstellt werden; sie ist etwas Widernatürliches. Nur wenn einmal ein Offerent so sonderbar wäre, unzweideutig zu erklären, er wolle sich in das Unbestimmte hinein binden, kann eine in das Unbestimmte hinein wirkende Offerte vorliegen.

Nunmehr werden wir genügend gerüstet sein, unseren Fall unter Anwendung der maßgebenden Rechtsgrundsätze in seinen Einzelheiten zu beleuchten.

Davon das nächste Mal.

1) Gareis und Fuchsberger zu Art. 319.

# 14.

Ueber den Fall Kastor gegen Benno,[1]) in dessen Betrachtung wir fortfahren, sind mehr schriftliche Arbeiten eingegangen als bisher; er scheint besonderen Anklang gefunden zu haben. Aber ich muß gegen die gezogenen Resultate einen schweren Kampf kämpfen. Keine der Arbeiten trifft das, was ich für das Richtige halte. Deshalb habe ich Ihnen auch, um meiner Beurtheilung der Sache die nöthige Stütze zu geben, mehr als sonst den Wortlaut der Gesetze und ihrer Kommentare vorgeführt. Soweit die Arbeiten eine Kritik des gedruckt vorliegenden Erkenntnisses[2]) enthalten, stimmen wir überein: das Erkenntniß greift nach mehr als einer Richtung hin fehl. Es könnte die Meinung entstehen, dies Erkenntniß sei wirklich von einem Landgericht gefällt. Das trifft nicht zu. Es ist nur ein entworfenes Erkenntniß; ein Landgericht hat sein Siegel nicht darauf gedrückt.

Der Thatbestand, den wir zu erörtern haben, läßt sich, wie folgt, zusammenfassen: Kaufmann Kastor ruft den Kaufmann Benno an das Telephon und fragt: „Hier Adam Kastor. Wer dort?" Er erhält die Antwort: „Wilhelm Benno". Dann fragt Kastor: „Wollen Sie 10 000 Mk. Hörder Aktien zu 110 von mir Kassa kaufen?" Antwort: „Mein Chef ist nicht anwesend, werde ihm Mittheilung machen." Kastor klingelt Schluß ab. Nach einigen Stunden telephonirt ihm Benno: „Nehme Kassa 10000 Mk. Hörder Aktien zu 110."

Da mehrere in verschiedenen Zeitabschnitten liegende Fakta in Frage stehen, beleuchten wir einen Abschnitt nach dem andern und erörtern zunächst: was bedeutet der erste Abschnitt? Dann: wie wirkt der folgende Abschnitt auf seinen Vorgänger rechtlich ein? Unsere erste Station ist also die, daß der Kaufmann Kastor den Kaufmann Benno an das Telephon ruft und auf die Frage: „Kastor hier, wer dort?" die

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 14 bis 18. — [2]) Beilageheft S. 16 a. E. 17. 18.

Antwort erhält: „Wilhelm Benno“. Man könnte meinen, das sei lediglich der Eingang zu einem Gespräch und habe für sich genommen noch keine rechtliche Bedeutung. Aber liegt nicht in dieser Unterhaltung „Kastor hier, wer dort?“ und darin, daß Kastor den Benno an das Telephon ruft, schon ein juristisch sehr wesentliches Moment? Es ist von großer Erheblichkeit, ob der Vertrag zwischen An- oder zwischen Abwesenden geschlossen werden soll. Wir finden in jenem Eingangsgespräch den unzweideutigen Willen Kastor's ausgedrückt, mit einem Anwesenden reden zu wollen. Darüber sind wir einig. Das ergeben auch die Arbeiten, welche annehmen, das Telephoniren stehe dem Sprechen in unmittelbarer Nähe gleich, obwohl auch das in der Theorie nicht unbestritten ist.[1]) Also dadurch, daß Kastor den Benno an das Telephon ruft, giebt Kastor seinen Willen dahin kund, daß er mit Jemandem, der ihm als anwesend gilt, verhandeln will. Benno hat sich auch als anwesend gemeldet. Nun stellt Kastor seine Frage: „Nehmen Sie 10000 Mk. Hörder Aktien zu 110 gegen Kassa?“ Das ist, wie wir bereits feststellten,[2]) eine Offerte im Rechtssinne, und zwar die Offerte zu einem Kaufgeschäft; in allen seinen Theilen ist dies Geschäft genügend bestimmt. Kastor erwartet eine sofortige Antwort, und er darf sie erwarten; denn er hat in seiner Anfrage nirgends angedeutet, daß er etwa von der gesetzlichen Bestimmung abweichen wolle: zwischen Anwesenden muß sofort geantwortet werden.

Statt einer von ihm erwarteten sofortigen Annahme oder Ablehnung erhält Kastor aber eine andere Antwort, nämlich: „Mein Chef ist nicht anwesend, werde ihm Mittheilung machen.“

Das ist die zweite Station, an der wir halten. Es fragt sich jetzt: Wie hat sich nun das Geschäft durch diese Antwort gestaltet, die Kastor nicht von Benno, sondern von einem anscheinenden Bediensteten des Benno erhält, ohne daß der Bedienstete sagt, er sei beauftragt, für Benno anzunehmen. Was geschieht durch diese Erklärung? Da das Recht sagt: Jede unter Anwesenden gemachte Offerte bedarf der sofortigen Annahme, widrigenfalls sie erloschen ist (das haben wir aus Litteratur und Praxis festgestellt), so ist die Offerte

[1]) Der Entw. des B.G.B. zweiter Lesung entscheidet den Streit dahin, daß auch der mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag sofort angenommen werden muß (§ 120).

[2]) Siehe S. 276.

Kastor's in dem Augenblick, wo ihm geantwortet wird: „Mein Chef nicht anwesend," erloschen. Aber was Benno's Stellvertreter weiter erklärt hat, muß doch auch seine Bedeutung haben. Welches ist der Wille, den Benno's Vertreter zum Ausdruck bringt? Möglicherweise hat der Stellvertreter sagen wollen: „Da mein Herr nicht zugegen ist, so kann die ihm unter Gegenwärtigen gemachte Offerte keine Wirkung haben. Ich mache aber einen andern Vorschlag, nämlich, dahin die Offerte zu ändern, daß sie dem zwar als anwesend unterstellten, aber abwesenden Benno mitgetheilt wird." Das kann heißen: selbstverständlich wird sie ihm möglichst bald mitgetheilt; wenn sie aber ihm mitgetheilt ist, muß er ebenso selbstverständlich möglichst bald antworten und zwar telephonisch; denn es ist telephonisch angefragt, und der Anfragende verlangt telephonische Antwort. Des Bediensteten Antwort kann aber auch heißen: „Sind Sie, Offerent Kastor, etwa damit einverstanden, daß die Offerte umgewandelt wird in eine Offerte unter Abwesenden, und daß nun meinem Chef Benno, der abwesend ist, die im Art. 319 H.G.B. gegebene Frist zur Antwort bleibt?" Endlich könnte die Antwort des Bediensteten bedeuten: „Ich bitte um einige Stunden Frist; mein Chef wird wahrscheinlich, da er nur zu einem Besuche in ein Nachbarhaus gehen wollte, bald wiederkehren; er wird dann sofort antworten". Von alledem sagt der Bedienstete nichts; wir wissen namentlich nicht, wo sein Chef weilt. Er kommt vielleicht in fünf Minuten oder in einigen Stunden zurück; er kann aber auch verreist sein, von Berlin nach Frankfurt oder ebensogut zur Ausstellung nach Chicago; in jedem dieser Fälle ist er „nicht anwesend". Den Gedanken, daß Benno bald zurückkehren oder daß es sich nur um einige Stunden des Wartens handeln werde, und den Willen, von Kastor eine solche Wartefrist einiger Stunden zu erbitten, spricht der Bedienstete mit keiner Silbe aus. Seine Worte sind rechtlich nichts weiter, als die Feststellung, daß wegen Abwesenheit des Prinzipals die Wirkungslosigkeit der Offerte Kastor's eingetreten ist.

Die Antwort, die auf die gänzlich unbestimmte, nur die Nichtanwesenheit Benno's ergebende Mittheilung des Bediensteten erfolgt, besteht darin, daß Kastor abklingelt; er schließt also das telephonische Gespräch.

Damit sind wir an der dritten Station unseres Rechtsfalles angelangt. Was bedeutet das Abklingeln als Antwort auf die Mit-

theilung: „Mein Chef ist nicht anwesend, werde ihm Mittheilung machen"? Die Arbeiten führen meist aus: in der Mittheilung, zusammengehalten mit dem Abklingeln, giebt sich Kastor's Einwilligung kund, daß die Offerte, die er unter Anwesenden hat machen wollen, fortwirke, bis Benno zurückkehre; Benno muß dann seinerseits die Antwort telephonisch geben, wie er es auch gethan hat; es schiebt sich also gewissermaßen durch Vereinbarung der Parteien in Abänderung der Vorschrift des Art. 318 H.G.B.: „unter Anwesenden muß sofort angenommen werden," als ein Zwischenglied die Wartefrist ein, welche durch die Abwesenheit Benno's erfordert wird. Mit andern Worten: es wird hier unter den Parteien ausnahmsweise vereinbart, daß der Empfänger dieser telephonischen Offerte erst seinem Chef Mittheilung macht, und daß dann erst die Antwort erfolgen soll. Um uns deutlich zu machen, ob dies die Wirkung der Mittheilung des Bediensteten und des Abklingelns Kastor's sein kann, wollen wir einmal annehmen, Kastor habe nicht telephonisch verhandelt, sondern er sei in das Geschäft Benno's gegangen und habe dort Jemandem, den er für Benno hielt, seine Offerte gemacht. Darauf habe der vermeintliche Benno geantwortet: „Ich bin nicht Benno; mein Chef ist abwesend, ich werde ihm Ihre Anfrage mittheilen." Kastor, so nehmen wir weiter an, antwortet hierauf nichts, sondern entfernt sich aus dem Laden. Würden Sie dann wohl zu der Ansicht kommen, es habe Kastor dem Geschäftsführer Benno's gegenüber sich bereit erklärt, er wolle auf seine Offerte, Aktien zu kaufen, so lange warten, bis der als abwesend bezeichnete Benno wieder zurückkehre, und dann solle die Antwort noch als rechtzeitig gelten? Das wäre ein verwunderliches Geschäft, ein Geschäft, wie es Leute, die mit Aktien handeln, nie vornehmen werden. Aktien sind Papiere, die rasch auf- und absteigen. Wer in ein Geschäftshaus geht und dort Aktien anbietet, hat keine andere Absicht, als sofort die Erklärung auf sein Angebot zu erhalten; nach wenigen Stunden kann der Kurs ein ganz anderer sein. Wäre es aber auch wohl denkbar, daß der Offerent auf den Vorschlag des Oblaten, ihm einige Stunden Frist zu geben, einging, so fehlt doch, wie oben dargelegt, in unserem Falle gerade in des Bediensteten Mittheilung jede Andeutung, daß er „um einige Stunden" Frist bitte. Da Kastor weiter nichts erfährt, als: der Chef Benno ist nicht anwesend, es soll ihm Mittheilung gemacht werden, so würde eine dem entsprechend gewährte Frist im

Munde Kastor's bedeuten: „dann will ich abweichend vom Gesetz eine so sonderbare Offerte machen, daß diese Aktien Benno an der Hand bleiben sollen, bis daß er mir Antwort giebt, gleichviel von wo und wann er zurückkommt." Das ist im Geschäftsverkehr des Bankiers etwas der Art Außergewöhnliches, daß man nicht gut thun wird, die Erklärung der Parteien dahin zu verstehen. Die Erklärung des Bediensteten: „Mein Chef ist nicht anwesend; ich werde ihm Mittheilung machen," ist so unbestimmter Natur, daß gar nicht zu erwarten ist, Kastor hätte darauf antworten können: „Ich bin damit einverstanden, ich will warten, bis die Antwort kommt." Da aber Kastor auf des Bediensteten Antwort hin weiter nichts vorgenommen hat, als abzuklingeln, d. h. da er einfach die telephonische Unterhaltung geschlossen hat, so ist naturgemäß dies Abklingeln nicht anders zu verstehen als dahin: „Ich habe geglaubt, Benno sei am Telephon; es ist mir ja auch geantwortet, dies sei der Fall. Jetzt höre ich, Benno ist abwesend; da ist natürlich unser ganzes Geschäft nichts; denn es fällt mir nicht ein, Aktien zu einem bestimmten Kurse derart anzubieten, daß dem Benno bis nach seiner Rückkunft das Recht zu antworten vorbehalten bliebe. Das verstieße gegen die Idee des Art. 319 H.G.B.: Unter Abwesenden muß der Offerent bestimmt die Frist seiner Bindung berechnen können." Schwerlich wird Jemand so thöricht sein, daß er ausdrücklich sagt: „Nach dem Gesetze bin ich zwar nur bis zur rechtzeitig eingehenden Antwort gebunden; aber ich will mich einmal unbestimmt binden, bis der Abwesende zurückkehrt und dann antwortet; ich will diese Antwort immer noch als rechtzeitig gelten lassen." Das ist bei vernünftigen Handelsleuten nicht zu unterstellen. Indem also Kastor abklingelt, sagt er: „Unser Geschäft ist erledigt; Benno ist nicht anwesend, wie ich glaubte; ich habe keine sofortige Antwort bekommen; mein Angebot ist somit erloschen. Sollte Benno bald zurückkehren und mir nun eine Antwort auf die Offerte geben, so werde ich mir die Sache überlegen; möglicherweise haben die Aktien dann einen Kurs, daß ich sie noch für 110 verkaufen will. Darum werde ich abwarten, was weiter in der Sache geschieht." So scheint der natürliche Gedankengang. War das aber in der That der Gedankengang der am Telephon Verhandelnden, so ist klar, daß die Antwort: „mein Chef abwesend, werde ihm Mittheilung machen," eine Ablehnung oder wenigstens eine Erledigung der Offerte Kastor's (durch unterbliebene rechtzeitige Annahme) bedeutet, und daß die spätere tele-

phonische Antwort des Benno nichts ist als eine neue Offerte. Dann macht Benno also eine Offerte, nach welcher er Aktien kaufen will, und nun ist Kastor als Anwesender in der Lage, sich sofort erklären zu müssen, ob er zu den angegebenen Bedingungen verkaufen will. Wenn er nicht antwortet, ist der Antrag Benno's als erloschen zu betrachten.

Ist aber unsere dritte Station so aufzufassen, dann haben wir alsbald eine Erläuterung dafür, welche Bedeutung unserer vierten Station zukommt, nämlich der von Benno, wie sein Schriftsatz sagt, „nach einigen Stunden" telephonisch gegebenen Antwort. Was heißt „nach einigen Stunden"? Wenn man unsern Thatbestand ohne nähere Beachtung der scharfen Bestimmungen des Handelsrechts über das Erlöschen der Offerten liest, und wenn man die Eigenschaft der Waare als eines raschem Kurswechsel unterworfenen Börsenpapiers unerwogen läßt, wird man vielleicht sagen: da Kastor erfuhr, daß Benno nicht zu Hause war, und da Kastor nichts entgegnete, kann man annehmen, Kastor habe sich durch sein Schweigen bereit erklären wollen, immerhin ein modicum tempus, d. h. „einige Stunden" auf Antwort zu warten. Nach dieser Zeit hat er die Antwort bekommen. Deshalb muß angenommen werden, daß Benno noch rechtzeitig geantwortet hat. Existirten die Art. 318, 319 des H.G.B. nicht, so könnte man allenfalls in dieser Weise argumentiren, weil ja in früherer Zeit nach gemeinem Rechte auch eine unter Anwesenden erfolgte Offerte nicht sofort angenommen zu werden brauchte. Aber Angesichts jener Bestimmungen des Handelsrechts ist eine solche Argumentation ausgeschlossen. Denn gesetzt, es ließe sich eine Vereinbarung der Parteien dahin annehmen, daß die Zeit, bis Benno zurückkäme, oder bis er die Mittheilung von Kastor's Offerte erhielte, nicht in die Frist eingerechnet werden solle, so müßte doch Benno sofort nach seiner Rückkehr als nunmehr Anwesender telephonisch geantwortet haben. Auch wenn man in dieser Weise die Verhandlung der Parteien auffassen wollte, fehlt immer noch sehr viel, um die Klage begründet erscheinen zu lassen; denn dann müßte doch dargelegt werden, daß die „einigen Stunden" nöthig waren, um die Mittheilung an Benno gelangen zu lassen. Angenommen, Benno wäre nach fünf Minuten zurückgekehrt, so blieb ihm keineswegs freigestellt, „einige Stunden" mit der Antwort zu warten und erst nach deren Ablauf die Aktien anzunehmen, sondern er mußte alsbald nach Ablauf der fünf Minuten

die Antwort telephoniren. „Nach einigen Stunden" kann hiernach sehr wohl verspätet sein; des Klägers Kastor Sache war es, die erforderlichen Thatsachen zu erbringen, aus denen die rechtzeitige Annahme seiner Offerte erhellt, weil ohne solche rechtzeitige Annahme die Offerte in sich zusammenfiel. Ueberhaupt gebricht es an jedem Maßstab, die nach Art. 319 H.G.B. zwischen Abwesenden gegebenen Fristen im Verhältnisse Kastor's zu Benno zu berechnen. Daß aber die Beiden nicht eine gänzlich unbestimmte Frist haben verabreden wollen, gleichviel, ob Benno in einem Nebenhause oder in Frankfurt oder in Chicago sich aufhielt, ist selbstverständlich.

Diese Erörterung führt uns auf die Frage — und das ist die zweite große Rechtsfrage, welche in diesem Prozesse uns entgegentritt —: was bedeutet im Geschäftsverkehr überhaupt das Schweigen? Darüber herrscht keineswegs Einheit in der Theorie. Schon im gemeinen Rechte haben sich merkwürdig verschiedene Parömieen gebildet. Qui tacet, consentire videtur! Das hat man aus einer Pandektenstelle herausgelesen[1]) und im kanonischen Rechte bestätigt gefunden[2]). Bekanntlich ist in dieser Allgemeinheit der Ausspruch falsch; richtiger wäre der umgekehrte Satz: Qui tacet, consentire non videtur. Eine andere Parömie lautet: Qui tacet, consentire videtur, cum loqui debuit et potuit. Die letztere Bedingung schränkt den Hauptsatz schon sehr ein. Das A.L.R. sagt ähnlich: Schweigen ist an sich eine Ablehnung; wer aber reden konnte und nach Bestimmung der Gesetze reden mußte, gilt als zustimmend[3]). Im Handelsverkehr hat das Schweigen durch die Praxis angeblich eine ausgedehntere Bedeutung gewonnen, und Manche sagen, es sei ein Gewohnheitsrecht in der Bildung begriffen, das Schweigen über die handelsgesetzlichen Vorschriften hinaus als Zustimmung gelten zu lassen. Auch unsere Pandektenlehrer sagen: Schweigen gilt in der Regel als Ablehnung; wenn aber nach der praktischen Vernunft und nach der Redlichkeit anzunehmen ist, daß geantwortet werden muß, dann liegt im Schweigen eine bejahende Antwort. In unserem Falle haben wir es mit einem doppelten Schweigen zu thun; zunächst

[1]) l. 13 § 11 D. loc. cond. (19. 2): hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur (relocatio tacita). cf. jedoch l. 142 D. de reg. iur. (50. 17) qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare.

[2]) c. 43 in VI. de reg. iuris (5. 12).

[3]) A.L.R. Thl. I. Tit. 4 § 61.

hat Kastor auf die telephonische Erwiderung geschwiegen: „Ich werde meinem Chef Mittheilung machen.“ Dann aber geht das Erkenntniß in seinen Gründen [1]) und ebenso geht eine der von mir durchgesehenen Arbeiten davon aus, Kastor habe auf die telephonische Antwort Benno's: „Ich nehme die Aktien zu 110 an“, geschwiegen. Jenes Erkenntniß sowohl, wie diese Arbeit deduzirt: Nachdem einmal die ursprüngliche Offerte gemacht war, mußte Kastor seinerseits sofort protestiren, sobald Benno, wenn auch verspätet, seine Annahme erklärte; sonst hat er durch sein Schweigen sich einverstanden erklärt, daß trotz der Verspätung der Kaufvertrag zu Stande kommen soll.

Damit hätten wir die letzte Station in unserer Geschichte des Rechtsfalls erreicht. Hier ist zunächst eine schwerwiegende Einwendung zu erheben. Es steht nicht in unserm Thatbestand, daß Kastor geschwiegen habe, sondern der Thatbestand schließt mit der telephonischen Antwort ab; was auf die Antwort erfolgt ist, wissen wir nicht. Die Parteien unterbreiten dem Richter lediglich die Thatsachen zur Beurtheilung, die mit der Annahmeerklärung Benno's abschließen. Der Richter hat aber nur auf das einzugehen, was ihm die Parteien bringen. Die Frage, ob auf ein etwaiges Schweigen hin anzunehmen sei, Kastor habe durch Schweigen genehmigt, ist im Prozesse nicht aufgetaucht. Wenn der Richter also sein Urtheil gerade auf das Schweigen gründen wollte, dann mußte er mindestens durch das Fragerecht erst feststellen, daß die Antwort auf die Annahmeerklärung wirklich Schweigen war. Es ist ja möglich, daß eine weitere Korrespondenz oder eine weitere telephonische Unterhaltung zwischen den Parteien stattgefunden hat, daß davon aber die Parteien dem Gerichte keine Mittheilung machen, weil sie kein Gewicht darauf legen, vielmehr der Meinung sind, die entscheidenden Verhandlungen seien mit der telephonischen Annahmeerklärung erledigt. Wie sollte nun das Gericht berechtigt sein, davon auszugehen, auf die telephonische Antwort habe Kastor geschwiegen? Selbst wenn aber Kastor geschwiegen hätte, dann ist schwerlich in diesem Schweigen die Erklärung Kastor's zu finden, er wolle auf die Offerte, die ihm Benno gemacht hat, eingehen, sondern diese Offerte ist durch das Schweigen als erledigt zu betrachten. Das H.G.B. hat für einen bekannten Fall allerdings die Vorschrift, daß Schweigen die Annahme eines Antrags

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 17.

bedeute, nämlich für den Fall der Ertheilung eines Auftrags an einen Kaufmann, der mit dem Auftraggeber in Geschäftsverbindung steht.[1]) Wenn also Jemand einem Kommissionär, mit dem er in Verbindung steht, einen Auftrag ertheilt, und der Kommissionär antwortet nicht, dann hat dieser angenommen. Das ist verständig und natürlich; denn eines Kommissionärs Thätigkeit besteht gerade darin, ertheilte Aufträge auszuführen; die Annahme der Aufträge ist seine Erwerbsquelle; man kann von vornherein unterstellen, daß er einen Auftrag nicht ablehnt. Aus diesem Satz darf aber nimmermehr gefolgert werden, daß, wenn zwei Leute nicht in Verbindung stehen, und wenn es sich nicht um einen Auftrag, sondern um ein Kaufangebot handelt, im Schweigen die Annahme des Angebots, die Uebernahme der Verpflichtung liege, eine Zahlung gegen Lieferung der angebotenen Waare zu leisten. Deshalb war auch in den neulich verlesenen Worten des Hahn'schen Kommentars[2]) ausdrücklich gesagt: durch Worte oder Erfüllungshandlungen müsse die in einer verspäteten Annahme liegende Offerte angenommen werden. Schweigen ist aber keine Handlung.

Ein anderes interessantes Beispiel, um die Bedeutung des Schweigens im Rechtsverkehr ermessen zu können, bietet das A.L.R. Es sagt Theil I Titel 13:

„§ 13. Personen, welche zu Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt worden, können dieselben nicht anders, als aus erheblichen Ursachen, die sie sogleich anzuzeigen schuldig sind, ablehnen.

§ 14. Verzögern sie ihre Antwort, so wird die Vollmacht für angenommen geachtet . . . .

§ 15. Auch diejenigen, welche aus Uebernehmung gewisser Arten von Aufträgen gegen Belohnung ein Gewerbe machen, sind, wenn sie dergleichen an sie ergehenden Auftrag ablehnen wollen, dem Machtgeber davon sofort Anzeige zu machen verbunden."

Die Rechtsanwalts-Ordnung hat das für Rechtsanwälte be-

---

[1]) Art. 323. Auch beim Kauf auf Probe ist ein Schweigen als Genehmigung anerkannt (Art. 339 Schlußsatz); da handelt es sich aber um einen bereits geschlossenen Kauf auf Probe, der (nach überlieferter Waare) in gewissen Fällen zum definitiven Kaufe wird, wenn der Käufer sich nicht äußert, ob ihm die Waare zusage.

[2]) Siehe oben S. 284. 285, auch Schlußsatz der R.G.Entsch. auf S. 282

seitigt;[1]) heute liegt darin, daß ein Anwalt schweigt, nicht die Annahme des Mandats, sondern nur die Uebernahme einer Verpflichtung, den etwaigen Schaden zu tragen, den er durch sein Schweigen, durch die Verzögerung seiner Ablehnung verursacht hat. Also man hat in der Reichsgesetzgebung nicht so weit gehen wollen, wie das A.L.R., welches den Anwalt verpflichtete zu antworten, widrigenfalls er das Mandat angenommen hatte.

Das Resultat für unsern Rechtsfall wäre hiernach: die erste Offerte ist erledigt schon durch die Antwort: „Mein Chef ist nicht anwesend," jedenfalls aber durch das Abklingeln. Die neue Offerte, die Benno macht: „Ich nehme die Aktien", ist erledigt, weil sie unter Anwesenden geschah und einer sofortigen Antwort bedurfte. So verlangen es die sehr weisen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches. Wenn verspätet auf eine Offerte geantwortet wird, der Oblat nehme sie an, so muß erst der Offerent — und zwar unter Gegenwärtigen alsbald — zurückerklären, daß er einverstanden sei; sonst ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen. Nur bei solchem Verfahren wissen die Parteien sicher, wie sie zu einander stehen. Hatte Kastor in der That bei Entgegennahme der telephonischen Antwort Benno's die Absicht, am Verkaufe der Aktien zu 110 festzuhalten, so war nichts natürlicher, als daß er zurücktelephonirte: „Einverstanden". Zu schweigen war unnatürlich, es müßte denn Kastor vom Verkaufe haben abstehen oder sich etwa für seine Entscheidung haben freie Hand lassen wollen. Freie Hand soll er aber bei fehlender besonderer darauf gerichteten Abrede nach dem Willen des Gesetzes nicht haben; folglich war das Schweigen nur als Ablehnung zu deuten. Nachdem die erforderliche Antwort nicht erfolgt ist, nachdem Kastor sieben Monate lang nichts hat verlauten lassen, plötzlich aufzutreten und das Kaufgeld einzuklagen, entspricht nicht der bona fides. Es ist also kein Kaufvertrag zu Stande gekommen, sondern es liegen nur zwei nicht rechtzeitig angenommene, also abgelehnte unter Anwesenden gemachte Offerten vor. Die Klage ist unbegründet.

---

[1]) Rechtsanwalts-Ordnung § 30: Der Rechtsanwalt, dessen Berufsthätigkeit in Anspruch genommen wird, ist verpflichtet, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er den durch die Verzögerung erwachsenden Schaden zu ersetzen hat.

Was das gedruckte Erkenntniß[1]) betrifft, so sind die meisten der darin verfehlten Punkte bereits berührt. Nur noch auf Einiges möchte ich aufmerksam machen.

Ein arger Mißgriff ist es, daß das Erkenntniß Beweis darüber verlangt, erstens, daß gekauft sei, und zweitens, daß das telephonische Gespräch stattgefunden habe. Das letztere Gespräch ist ja weiter nichts als die thatsächliche Erläuterung des in der Klagschrift nicht näher substanziirten Kaufs. Weil der Beklagte den vom Kläger behaupteten Kauf leugnet, sieht sich der Kläger veranlaßt, mit den Thatsachen hervorzutreten, aus denen er schließt, daß ein Kauf vereinbart sei[2]). Diesen Thatsachen gegenüber kommt die generelle unsubstanziirte Behauptung des Kaufs nicht mehr in Betracht — ein charakteristisches Beispiel zur Lehre von der Substanziirungspflicht und zur Verdeutlichung der Relativität dessen, was zur Substanziirung erforderlich ist.[3]) Weiter aber wäre es mindestens geboten gewesen, den durch Beweisbeschluß auferlegten Eid[4]) in zwei Eide zu theilen; denn, wenn Beklagter beschwören soll, daß er am 1. März 1890 nicht gekauft und dem Kläger auf dessen telephonische Anfrage nicht bejahend geantwortet habe, so sind das zwei eidlich zu verneinende Thatsachen, die in einen Eidessatz zusammenzufassen nicht empfehlenswerth ist. Auch gebricht es dem Eidessatze an jeder Zeitangabe, wann die telephonische Antwort erfolgt sein soll; das ist wesentlich; denn sie muß rechtzeitig nach der Anfrage erfolgt sein. Endlich wird das Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt, obwohl dafür die gesetzlichen Voraussetzungen mangeln (§§ 648 ff. C.P.O.). In den Entscheidungsgründen aber tritt uns der durchaus schiefe Gedanken entgegen, daß zwar das Schweigen des Klägers auf die Erklärung Benno's: „Ich nehme die Aktien," für ein widerrechtliches, doloses, Treu und Glauben verletzendes erklärt, daß aber nichts desto weniger aus diesem dolosen Schweigen zu Gunsten des Schweigenden, des Klägers, ein Recht hergeleitet wird, nämlich, daß er, weil er dolos geschwiegen, den Kauf zum Abschluß gebracht habe und also das Kaufgeld einklagen könne. Einer Partei ihr doloses Schweigen zum Vortheil gereichen zu lassen, ist nicht Recht, sondern Unrecht. Abgesehen hiervon ist aber überhaupt größte Vorsicht geboten, wenn man im Schweigen die Annahme einer Kaufofferte finden will; die Umstände müßten ganz besonders liegen,

[1]) Siehe Beilageheft S. 16 a. E. bis 18.

[2]) Siehe oben S. 274 ff. — [3]) Siehe oben S. 43. — [4]) Beilageheft S. 16.

welche dies bewirken könnten; es wird kaum der Fall vorkommen, daß durch bloßes Schweigen eine Kaufofferte als angenommen zu gelten hat. Liegt ein bereits geschlossener Kaufvertrag vor und verhandeln die Parteien noch über Modalitäten — z. B. es ist versprochen, in vierzehn Tagen zu liefern, der Lieferant merkt aber, daß er einige Stunden länger brauchen wird, und bittet um kurze Nachfrist; wenn keine Antwort erfolge, nehme er Einwilligung an — so läßt sich möglicherweise in der mangelnden Antwort eine Zustimmung finden.[1]) Wenn aber, wie vorliegend, die früheren Offerten erloschen sind und eine neue Kaufofferte gestellt wird, so geht es allzuweit, die neue Offerte durch Schweigen als angenommen zu betrachten.

---

Die Verfasser der durchgesehenen Arbeiten gehören diesmal sämmtlichen Stadien der juristischen Ausbildung vom ersten Semester der Universität bis zur Kammergerichts-Station an. Die Arbeiten, welche von Studirenden des ersten und des dritten Semesters geliefert sind, legen dar, daß das, was wir hier treiben, auch für Hörer aus den Anfangs-Semestern von entschiedener Bedeutung ist.

Darüber, daß im Sinne des Art. 318 H.G.B. eine nicht rechtzeitig angenommene Offerte ihre Annahmefähigkeit verloren habe, also erloschen sei, bringt der Studiosus des dritten Semesters folgende treffende Bemerkungen:

„Man könnte zunächst sagen, der Artikel besage nur, daß der Antragende nicht mehr gebunden, nicht jedoch, daß die Offerte abgelehnt sei. Aber dann hätten wir das merkwürdige Resultat, daß der Antragende ungebunden, während der Antwortende gebunden wäre. Der Antragende könnte dann warten, ob die Papiere fielen, und träfe letzteres ein, so beriefe er sich einfach auf die Gebundenheit des Gegners und zwänge ihn, die Papiere zu nehmen. Stiegen hingegen die Papiere, so beriefe er sich, wenn der Antwortende klagen würde, auf seine eigne Ungebundenheit. Das also kann der Paragraph nicht bezweckt haben; mithin muß der Sinn des Paragraphen der sein, daß die Offerte als abgelehnt gilt."

Die Ausführungen desselben Verfassers über die Eidesformel des Druckblattes sodann stellen dem Autor jener Formel gerade kein glänzendes Zeugniß aus. Der Studiosus kritisirt sie, indem er sagt: „Die Fassung des Eides scheint mir sehr oberflächlich geschehen zu

---

[1]) Vergl. oben S. 295 Note 1 zu Art. 339 H.G.B.

sein: Wie kann überhaupt bei dieser Sachlage ein Eid darüber, ob „Kauf" stattgefunden hat, geschworen werden? Es ist doch — nach den gemachten Ausführungen — äußerst schwierig, selbst für einen gewiegten Juristen zu entscheiden, ob Kauf vorliegt oder nicht.[1]) Abgesehen hiervon frage ich zweitens, wozu dient überhaupt der Eid über „Kauf"; die Richter haben ihn ja zur Entscheidung des Falles gar nicht nöthig."[2])

Das sind schlagende Worte. Ihr Urheber ist jedenfalls für sein ganzes juristisches Leben gefeit gegen die Abfassung eines so verfehlten Eidesbeschlusses, wie der Ihnen vorliegende.

Sehr anerkennenswerth ist auch, daß ein Studiosus des ersten Semesters den Fehlgriff empfindet, den das gedruckte Erkenntniß begeht, wenn es für den Kläger aus dessen „dolosem" Schweigen ein Recht herleitet. „Regelmäßig bedeutet" — so heißt es in der Arbeit — „nach der Ansicht des Verfassers der Urtheilsgründe allerdings Schweigen eine Ablehnung des Antrags; hier sieht aber gleichwohl das Urtheil zu Gunsten des Klägers im Schweigen eine Annahme, weil — das Schweigen des Klägers ein unredliches war!!"

Ein Herr aus dem dritten Semester bringt in praktischer Weise den Gedanken zum Ausdruck, daß laut der Verhandlungen am Telephon gewissermaßen eine Frist zwischen die Offerte und die Annahme hineingeschoben sei; das ist klar und kurz so gesagt:

„Kläger hatte dadurch, daß er eine bestimmte Waare mit bestimmtem Preis gegen Kassa anbot, eine bindende Offerte gemacht und mußte, weil er stillschweigend darin einwilligte, daß dieselbe dem Beklagten übermittelt werde, eine angemessene Frist zur Annahme gewähren."

Auf dem gleichen Standpunkt stehen fast sämmtliche ferneren Arbeiten. Hören Sie beispielsweise, wie dieser Standpunkt in drei von Referendaren eingereichten Arbeiten näher begründet wird.

Die eine Arbeit führt aus:

„Es mag sein, daß Kläger, da er zuerst nach dem Beklagten selbst fragte, ursprünglich einen Antrag unter Gegenwärtigen zu stellen beabsichtigte; er hat aber geschwiegen, als der Vertreter des Beklagten ihm mittheilte, daß der Beklagte nicht anwesend sei und erst benachrichtigt werden solle. Dieses Schweigen ist im vorliegenden Fall, wo Kläger mit einem Wort seinen Widerspruch hätte

[1]) Vergl. oben S. 274 ff. — [2]) Vergl. oben S. 182. 183.

zu erkennen geben können, als eine Zustimmung aufzufassen, daß der gestellte Antrag als Antrag unter Abwesenden behandelt würde. Daher kommt Art. 319 H.G.B. zur Anwendung, und es blieb Kläger bis zu dem Zeitpunkte an seinen Antrag gebunden, an welchem er bei ordnungsmäßiger Absendung der Antwort des Beklagten den Eingang der letzteren erwarten durfte. Da nun die klägerische Offerte erst in dem Moment perfekt wurde, in welchem der Beklagte in seinem Geschäft von der geschehenen Frage Kenntniß erhielt, und da Kläger nach dem ersten telephonischen Gespräch nicht wissen konnte, wann der Beklagte in sein Geschäft kommen würde, wohl aber annehmen konnte, daß es in einigen Stunden geschehen würde, erstreckte sich die Gebundenheit des Klägers mindestens auf einige Stunden, und ist daher die Antwort des Beklagten rechtzeitig erfolgt."

Die andere Arbeit sagt:

„Es hat der Kläger seine Offerte telephonisch nicht dem Beklagten mitgetheilt, sondern dessen Angestellten, welcher dieselbe nicht entgegennehmen durfte und auch nicht entgegengenommen, sondern erklärt hat, er werde die Offerte dem Beklagten mittheilen. Eine Mittheilung durch Vermittelung eines Dritten kann nicht als unter Art. 318 fallend angesehen werden, da hier eine sofortige Antwort ausgeschlossen ist. Hier liegt vielmehr nicht ein Antrag unter Gegenwärtigen, sondern unter Abwesenden vor (Art. 319), und der Kläger war gebunden, wenn auch nicht sogleich die Annahme oder Ablehnung der Offerte erfolgte. Er konnte sich diesem Zwange nur dadurch entziehen, daß er entweder sofort oder bis zur Antwort des Beklagten seine Offerte telephonisch widerrief (Art. 320). Andererseits muß unter diesen Umständen die wenn auch einige Stunden später erfolgte Annahme der Offerte seitens des Beklagten noch als rechtzeitig angesehen werden, so daß mit dieser Annahme der der Klage zum Grunde liegende Kaufvertrag zum Abschluß gelangt ist."

Die dritte Arbeit hält es schon für zweifelhaft, ob die Unterredung durch das Telephon eine solche zwischen Gegenwärtigen sei. Aber wenn eine Mittelsperson spräche, so sage ja auch der Kommentar von Staub, daß nun die Sache als ein Antrag unter Abwesenden sich darstelle, und wenn Kastor auf den Vorschlag nicht hätte eingehen wollen, so hätte er sofort seine Offerte zurückziehen müssen. Da er das nicht gethan, so sei die Bindung der Offerte so lange

fortdauernd, bis er nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange eine Antwort Benno's zu erwarten gehabt hätte.

Gewiß lassen sich diese Ausführungen sämmtlich recht wohl hören; was ihnen aber entgegenzuhalten ist, ergiebt sich aus dem bereits Gesagten: es ist nicht der bei Stellung der Offerte doch zunächst entscheidende Wille Kastor's genügend berücksichtigt, mit einem Anwesenden zu unterhandeln; es ist ferner nicht genügend berücksichtigt, daß nach der Idee des Gesetzes der Offerent immer in der Lage sein muß, genau die Frist seiner Bindung zu berechnen, und es ist endlich nicht genügend berücksichtigt, daß eine nicht rechtzeitig angenommene Offerte für erloschen gilt. Die von Kastor ausgegangene Verkaufsofferte erledigte sich durch die Abwesenheit Benno's, eventuell durch das Abklingeln Kastor's; die von Benno gestellte Kaufofferte erledigte sich durch Kastor's Schweigen. Für die Unterstellung, Benno werde in einigen Stunden zurückgekehrt sein, fehlt überdies jede thatsächliche Grundlage. Wie das Verhältniß zu beurtheilen sei, wenn Benno nicht nach einigen Stunden, sondern schleunigst — nach einigen Minuten etwa — zurückgekehrt sei, darauf ist keine der Arbeiten eingegangen. Vielmehr wird durchgängig unterstellt: die Annahme nach einigen Stunden ist eine rechtzeitige; denn einige Stunden muß man Benno Frist geben, da dem Kastor angezeigt ist, daß Benno abwesend war.

Ein Gesichtspunkt bedarf noch nach Lage der Arbeiten besonderer Rücksichtnahme: ist, wenn ein Kaufabschluß als dargelegt anzusehen wäre, der Eid über die telephonische Unterhaltung durch Beweisbeschluß oder durch Erkenntniß aufzuerlegen? Sämmtliche Arbeiten haben angenommen, er müsse durch Erkenntniß auferlegt werden, weil nämlich nach den Verhandlungen klar sei, daß die Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides nicht einig seien; denn der Kläger sage, die Thatsachen ergäben, daß ein Kauf geschlossen, der Beklagte, daß er nicht geschlossen sei; folglich bestreite doch der Beklagte die Erheblichkeit des Eides; der Eid habe deshalb durch Erkenntniß auferlegt werden müssen; da ihn aber das Gericht durch Beschluß auferlegt habe, sei das ein Fehler. Das Protokoll bemerke zwar, die Ableistung des Eides habe der Beklagte verweigert; diese Verweigerung könne indeß dem Beklagten nicht zum Nachtheil gereichen; da der Eid zu Unrecht auferlegt sei, müsse er noch einmal durch Erkenntniß auferlegt werden, so daß sich der Beklagte nun-

mehr definitiv vor die Frage gestellt sehe, ob er schwören wolle oder nicht. Diese Auffassung ist an sich erklärlich, auch nach den Worten der C.P.O. völlig gerechtfertigt; denn § 426 sagt:

„Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden . . ., so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden."

Also — läßt sich schließen — muß die Einigkeit über Norm und Erheblichkeit vor dem Beweisbeschluß festgestellt sein; denn der Richter soll erst den Beschluß auf Grund der Einigkeit der Parteien fassen. Aber die Frage gestaltet sich in der Praxis häufig anders[1]). Und so auch hier. Der Richter hat sich für berechtigt gehalten, den Eid aufzuerlegen, obwohl er sich sagen mußte: Bis jetzt liegt eine Einigkeit der Parteien über Erheblichkeit und Norm des Eides nicht vor. Der Richter kann auch noch nach erlassenem Beweisbeschlusse versuchen, diese Einigkeit herbeizuführen. Zu diesem Zwecke setzt er einen Eidestermin durch Beschluß an. Im Eidestermine sagt der Beklagte: „Ich verweigere den Eid." Das faßt man in der Praxis dahin auf: Der Eidespflichtige hat sich durch Unterlassung eines Widerspruchs gegen die Auflage des Beschlußeides einverstanden erklärt, daß der Eid in der Instanz abgenommen werde. Denn hätte der Eidespflichtige dabei bleiben wollen, wie nach seinen Vorverhandlungen anzunehmen war, daß der Eid nicht erheblich sei, so hätte er das im Eidestermine sagen müssen; da war Zeit zu protestiren, und dann hatte der Richter (bei nunmehr festgestellter Uneinigkeit der Parteien über die Erheblichkeit oder über die Norm des Eides) den Beschluß zurückzunehmen und Eideserkenntniß zu erlassen. Einer der Herren, der erst der Meinung war, es sei der Beweisbeschluß zu Unrecht ergangen, hat eine Nacharbeit geliefert, in welcher er die eben entwickelte in der Praxis feststehende Ansicht ausspricht, daß aus der Eidesverweigerung zu schließen ist, der Beklagte habe durch sein späteres Verhalten anerkannt, der Eid könne in der Instanz abgenommen werden.

Das ist sehr wichtig; so wird in der Praxis verfahren. Mit anderen Worten: Jeder Richter hat es in der Hand, wenn es sich um einen Eid handelt, zunächst den Versuch zu machen, ob nicht mit einem Eidesbeschluß abzukommen sei. Er faßt den Beschluß und hält den Eidestermin ab; protestiren dann die Parteien gegen den

[1]) Vergl. oben S. 78. 79. 165.

Eidesbeschluß, indem sie die Norm oder die Erheblichkeit des Eides angreifen, so ergeht Eideserkenntniß; lassen sich aber die Parteien auf den Beweisbeschluß dadurch ein, daß sie verhandeln, ohne Widerspruch zu erheben, und daß der Eidespflichtige den Eid schwört oder verweigert, so ist der Eidesbeschluß als gerechtfertigt zu betrachten, und die zu Eid verstellte Thatsache ist im Falle der Eidesweigerung widerlegt, im Falle der Eidesleistung dargethan.

---

Zum Schlusse die resultirenden Rechtssätze:

1. Eine Anfrage, ob der Angefragte eine genügend bestimmte Sache zu einem bestimmten Preise kaufen wolle, ist eine Kaufofferte, nicht eine bloße Aufforderung, daß der Angefragte seinerseits eine Offerte mache.

2. Ein Kauf kann nicht dadurch zu Stande kommen, daß auf die Kaufofferte derjenige, dem die Offerte gemacht ist, lediglich schweigt.

3. Erhält Jemand, der eine Offerte unter Gegenwärtigen machen will, auf seine Offerte die Antwort, der Angeredete sei eine andere Person als der Oblat, es solle aber dem Oblaten Mittheilung von der Offerte gemacht werden, so willigt der Offerent durch sein Schweigen nicht darein, daß die Offerte bis zur Benachrichtigung des Oblaten und bis zu seiner rechtzeitigen Erklärung bindend sein solle.

4. Eine nicht rechtzeitig angenommene Offerte gilt im Handelsverkehr für erloschen; die verspätete Annahmeerklärung wirkt als eine neue Offerte.

5. Aus einem Schweigen, das als unredliches Verfahren gilt, kann der Schweigende Rechte zu seinen Gunsten nicht herleiten.

6. Ist streitig, ob ein zunächst ohne nähere thatsächliche Begründung behaupteter Kauf zu Stande gekommen ist, und bringt der Kläger erst im Laufe der Verhandlung die zur Substanziirung des Kaufabschlusses erforderlichen Thatsachen, so bilden beim Leugnen des Gegners lediglich diese Thatsachen, nicht bildet daneben noch die Behauptung, es sei der Kauf geschlossen worden, den Gegenstand des Beweises und des etwaigen Eides.

7. Die Einigkeit über Norm und Erheblichkeit eines durch Beweisbeschluß auferlegten Eides gilt unter den Parteien auch dadurch für festgestellt, daß nach auferlegtem Eide ein Widerspruch gegen denselben unterbleibt und eine Eidesleistung oder eine Eidesverweigerung Seitens des Schwurpflichtigen in der Instanz erfolgt.

## 15.

Wir fahren heute fort, uns zu üben in der vom Juristen nicht hoch genug zu schätzenden Kunst, die Willensmeinung der Parteien oder des Gesetzgebers zu erforschen. Dazu soll uns der Fall Kotz gegen Bleider dienen, wie er im Druckblatt[1]) vorliegt. Auch in diesem Falle haben wir es wieder mit einem Willen zu thun, bei dessen rechtlicher Würdigung nicht nur die Parteien entscheiden, sondern auch die Gesetze mitsprechen. Bereits im vorigen Falle sahen wir, daß die Gesetze insoweit zur Erklärung des Parteiwillens dienen, als sie bestimmen, daß bei mangelnder ausdrücklicher abweichender Willenskundgebung das, was die Parteien verhandelt haben, in einem bestimmten Sinne zu verstehen ist. Die Gesetze sagen: „Da die Parteien nichts Anderes erklärt haben, ergänzen wir, was sie gesagt haben, nach dieser oder jener Richtung hin". Auf diesem Gedanken beruhten, wie wir weiter sahen, die Vorschriften der Art. 318, 319 H.G.B. Heute werden wir uns mit Gesetzen beschäftigen, die eine andere Stellung im Verhältniß zum Parteiwillen einnehmen. Ich meine Gesetze, die unter Umständen ein Hinderniß sind und sein wollen, den Willen, den die Parteien haben, zur rechtlichen Geltung kommen zu lassen. Solcher Art Gesetze lehnen es ab, dem Willen der Parteien die rechtliche Existenz und Wirksamkeit zuzusprechen.

Die Grundlage des Falles Kotz gegen Bleider ist, wie Sie Alle gefunden haben werden, der vorgelegte Handschein. Der Handschein lautet:

„Wir, die Endesunterzeichneten erkennen und bekennen hiermit, daß uns der Wirth Peter Kotz von demselben erhaltenes Vieh sind wir demselben 500 Mk. schuldig geworden. Wir versprechen nicht nur dieses Kapital auf Verlangen baar zurückzu-

---

[1]) Beilageheft S. 18—20.

zahlen, sowie auch alljährlich mit 5 pCt. zu verzinsen in einer vierteljährlichen Kündigung."

Unter „Wir" sind die beklagte Wittwe und ihr inmittels verstorbener Mann zu verstehen; beide haben den Schein am 1. März 1880 unterschrieben. Aus dem Scheine wird zehn Jahre nach dessen Ausstellung gegen die Wittwe Klage erhoben, und die Beklagte sagt zunächst: „Ich brauche nicht zu zahlen; denn die Forderung ist verjährt, sie rührt aus Viehhändeln her." Ansprüche aus Viehhändeln verjähren bekanntermaßen in einer Reihe von Ländern binnen zwei oder drei Jahren, Ansprüche aus Darlehn meist erst binnen dreißig Jahren, jedenfalls nicht schon binnen zwei oder drei Jahren. Um den Streitpunkt zu entscheiden, ob die Einrede der Verjährung durchgreift, müssen wir deshalb die Klage selbst prüfen und wieder fragen: qualis sit actio?

Neben der Vorlage des Handscheins hat der Kläger weiter nichts behauptet, als daß „laut dieses Scheines Beklagte und ihr verstorbener Mann dem Kläger für käuflich erhaltenes Vieh die mit 5 pCt. verzinsliche und auf Verlangen zurückzuzahlende Summe von 500 Mk. schuldig geworden."

Es können mehrere Klagen in Frage kommen. An welche denken Sie? Ich höre die Antwort: Kaufklage! Darlehnsklage! Stipulationsklage! Klage aus der Anerkennung, aus dem Schuldversprechen!

Wenn wir uns den Schein ansehen, so fällt zunächst die Form auf. Schriftgelehrte sind die Verfasser sicher nicht. Kein Satz ist korrekt gebaut. Was aber die Unterzeichner wollen, ist Jedermann klar. Auch der Richter hat nicht etwa zu sagen: „Die Eheleute Bleider reden in unvollständigen mißgestalteten Sätzen; also hat das, was sie reden, keine rechtliche Bedeutung," sondern er hat den nicht zweifelhaften Inhalt des Scheines seiner Beurtheilung zum Grunde zu legen, er hat den Schein in die sprachlich richtige Form zu übersetzen. Der Schein enthält die Momente, die auf die eine oder auf die andere der genannten Klagen hinweisen, in nachstehender Reihenfolge: Er spricht erstens davon, daß die Eheleute Bleider dem Kläger für Vieh, das sie „von ihm erhielten", 500 Mk. schulden. Es muß als selbstverständlich gelten, daß mit dem „erhaltenen" Vieh „käuflich erhaltenes" Vieh gemeint ist. Danach ergiebt der Schein, daß sich zur Zeit seiner Ausstellung der Kläger und die Eheleute Bleider als Verkäufer und Käufer gegenüberstanden, daß auch damals der Verkäufer

die Waare („Vieh") zum Preise von 500 Mk. überliefert, der Käufer aber den Preis noch nicht gezahlt hatte. Hierin läge das ausreichende Material für die Begründung einer Klage auf Zahlung eines Kaufpreises von 500 Mk., also für die Begründung der Kaufklage. Zwar ist der Kaufgegenstand sehr ungenau bezeichnet; darüber kann aber hinweggegangen werden, da die Beklagte die Entstehung des „erhobenen Anspruchs aus Viehhändeln" in ihrer Klagbeantwortung zugiebt.[1]) Liegt nun zweitens darin, daß die Eheleute Bleider „erkennen und bekennen aus Viehhändeln 500 Mk. schuldig geworden zu sein", ein neuer weiterer Klaggrund, eine Stipulation, ein Anerkenntniß, ein Schuldbekenntniß? Was die Stipulation betrifft, so wäre daran zu denken, daß bei ihr die Parteien einander gegenüber stehen und mündlich verhandeln. Hier haben wir nur ein einseitig ausgestelltes Schriftstück vor uns. Es wäre also auch nach römischem Rechte eine Stipulation nicht anzunehmen. Wenn wir aber auf altes römisches Recht zurückgehen, dann könnten wir an ein anderes Verhältniß denken: an einen Litteralkontrakt, an ein constitutum. Hiermit würden wir für das heutige Recht zu der viel umstrittenen Frage gelangen, ob in dem Bekenntniß oder dem Anerkenntniß einer Schuld ein neuer selbständiger Klaggrund gegeben oder ob auch bei solchem Schuldbekenntniß immer auf die ursprüngliche Schuld zurückzugehen ist. Ersteren Falles läge in dem Schuldbekenntniß der Eheleute Bleider ein zweiter Klaggrund. Endlich käme drittens in Betracht, was der Schlußsatz des Scheines bedeutet: „Wir versprechen nicht nur das Kapital der 500 Mk. in einer vierteljährlichen Kündigung zurückzuzahlen, sondern auch alljährlich mit 5 pCt. zu verzinsen." Das wäre möglicherweise ein Hinweis auf ein Darlehn als dritten Klaggrund.

Wir müssen, um uns über die Klage klar zu werden, fragen: „Wie verhält sich zu dem der Klage beigefügten Handscheine das Klagvorbringen?" Dies Vorbringen ist offenbar so aufzufassen, daß der Kläger nicht aus dem Schuldschein etwa den einen oder den andern Klaggrund herausgreifen, sondern daß er den ganzen Schuldschein als Klaggrund benutzen will; denn er sagt, „laut anliegenden Scheines" seien ihm die Eheleute Bleider „für käuflich erhaltenes Vieh die mit 5 pCt. verzinsliche und auf Verlangen zurückzuzahlende Summe

---

[1]) Relativität der Substanziirung! Siehe oben S. 43. 297.

von 500 Mk. schuldig geworden." Der Kläger überläßt es also dem Urtheile des Richters, in dem Scheine denjenigen Klaggrund zu entdecken, der ihm, dem Kläger, der vortheilhafteste ist. Findet der Richter einen Klaggrund, mit welchem der Kläger durchdringt, dann kommen die anderen Klaggründe nicht in Betracht. Da wir bereits wissen, daß die Beklagte sich darauf beruft, die Forderung sei verjährt, so ist klar, daß dem Kläger am meisten der Klaggrund nützt, dem diese Verjährung nicht entgegensteht. Dem Klaggrunde des Kaufes aber steht die Verjährung entgegen; denn der Kaufpreis aus Viehhändeln, die vor dem 1. März 1880 geschlossen sind, kann im Jahre 1890 nicht mehr eingeklagt werden. Also kann und muß der Richter von der Kaufklage absehen; sie wäre durch die Verjährungseinrede elidirt; der Kläger wäre abzuweisen mit seiner Klage, wenn sie allein in den Viehhändeln des Jahres 1880 oder der früheren Zeit ihre Stütze hätte. Nun käme in Frage: Wie ist es mit dem Klaggrund der Anerkennung und wie mit dem des Darlehns? Hier würde der Richter zunächst sich die Frage vorzulegen haben: „Ist die Klage als Darlehnsklage begründet?" Denn, was die Parteien an erster Stelle gewollt haben, indem sie den Schein ausstellten, das ist doch in dem Schlußsatz enthalten, dem die vorderen Sätze gewissermaßen nur zur historischen Erläuterung dienen. Ist das Versprechen, den Kaufpreis der 500 Mk. als „Kapital" mit 5 pCt. zu verzinsen und „in einer vierteljährigen Kündigung baar zurückzuzahlen", ein rechtswirksames, das heißt, ist durch die Bezugnahme auf dieses Versprechen ein Darlehn als Klaggrund genügend behauptet, so existirt nicht mehr die ursprüngliche Kaufgeldschuld. Ebenso existirt die etwa durch den Eingang des Scheines begründete Anerkennungsschuld nicht mehr; sie ist in dem neubegründeten Darlehn aufgegangen, sie ist in ein Darlehn umgewandelt. Das legt die Frage nahe: Kann die Klage und der Schuldschein ausreichen, um ein Darlehn als begründet erscheinen zu lassen?

Weder Klage noch Schuldschein enthalten das Wort Darlehn. Und doch ist es kein Zweifel, daß der Wille der Aussteller des Schuldscheins auf das Zustandekommen eines Darlehnsvertrags gerichtet war. Man sieht aus dem Schlußsatz, daß sie wünschten, der Gläubiger solle die 500 Mk. als Kapital stehen lassen. Indem die Aussteller dann laut desselben Schlußsatzes versprachen, dies „Kapital" zu verzinsen, auch eine vierteljährliche Kündigung stipulirten (natürlich zu

ihren Gunsten; denn das Kaufgeld war fällig und mußte jeden Tag gezahlt werden), indem sie ferner die „baare Rückzahlung in einer vierteljährigen Kündigung" zusicherten, gaben sie zur Genüge ihre Absicht kund, von jetzt ab Darlehnsschuldner des Klägers zu sein. Kaufgeld verzinst man nicht „alljährlich", man „kündigt" es nicht, man zahlt es nicht „baar zurück."

Wir kommen damit zu der Frage: Hat die Erklärung der Schuldner, nunmehr Darlehns- statt Kaufgelds-Schuldner des Klägers sein zu wollen, eine rechtliche Bedeutung? Kann dem Willen, der den Ausstellern dieses Schuldscheins innewohnte, Rechtswirksamkeit zugesprochen werden, oder giebt es Gesetze, welche sagen: „Dieser Wille wird nicht respektirt; es ist nicht möglich, daß eine Kaufgeldschuld, wie vorliegend beabsichtigt ist, in ein Darlehn umgewandelt wird?" Ein Darlehn entsteht, da das Darlehn „re contrahitur", da es ein Realkontrakt ist, durch Hingabe von Geld 2c. Durch Verabredung kann man kein Darlehn schaffen. Man kann sich verpflichten, ein Darlehn zu geben, ein Darlehn anzunehmen, aber man kann nicht durch bloße Vereinbarung Darlehnsschuldner werden. Die Frage jedoch, ob nicht in Fällen vorliegender Art, wo eine Kaufgeldschuld schon besteht, dies Verhältniß durch Parteivereinbarung auf künstlichem Wege in ein Darlehnsverhältniß verwandelt werden kann, das ist eine Frage, die seit fast zweitausend Jahren den Rechtsverkehr bewegt. Die Belege, daß dies der Fall ist, finden Sie unter Ihrem Druckblatte.[1]) Da sehen Sie zunächst eine Stelle von Africanus, einem Sabinianer zur Zeit Hadrian's. Hier wird mit einem entschiedenen Nein geantwortet. Hundert Jahre später schreibt Ulpian: „Wenn wir über eine Forderung aus einem Auftragsverhältniß vereinbaren, sie solle als Darlehn stehen bleiben, so ist es so anzusehen, als habest du mir das geschuldete Geld gegeben, und es sei von mir auf dich als Darlehn übergegangen". Das mag zwar eine etwas künstliche Auffassung sein; sie entspricht aber den Bedürfnissen des Lebens. Unsere neuere Gesetzgebung und unser heutiges gemeines Recht weist ähnliche Zweifel auf. In der gemeinrechtlichen Praxis ist es jetzt feststehend, daß man durch Vereinbarung ein Kaufgeld in ein Darlehn umwandeln kann. Das Preußische A.L.R. neigt wohl mehr zur gegentheiligen Auffassung, wenn es

[1]) Siehe Beilageheft S. 20.

sagt: „Durch die bloße Ausstellung neuer Urkunden über eine schon vorhandene Schuld wird in der Natur derselben nichts geändert. Wird aber eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der alten gesetzt, so erlischt dieselbe durch Umschaffung" (§ 452 Thl. I Tit. 16), und: „Es ändert die Natur des ursprünglichen Geschäfts noch nicht, wenn ein Schuldschein als über ein Darlehn ausgestellt wird" (§ 866 Thl. I Tit. 11). Diese Bestimmungen scheinen unserem Schuldscheine nicht gerade günstig zu sein. Das A.L.R. erkennt hiernach zwar an, daß eine neue Verbindlichkeit an Stelle der alten treten kann; aber das A.L.R. verlangt immerhin eine neue „Verbindlichkeit". Da nun eine Darlehns-Verbindlichkeit — so folgert man weiter — nur re (durch Hingabe von Geld ꝛc.), nicht durch Vereinbarung entstehen kann, so läßt sich eine Darlehnsschuld nicht aus einer Kaufgeldschuld „umschaffen"; denn es liegt keine hingegebene res vor. Wie unser Druckblatt ergiebt, vertheidigt Eccius dies als die Auffassung des A.L.R., und eine Reichsgerichtsentscheidung ist beigetreten,[1]) während Dernburg entgegengesetzter Ansicht ist. Eccius hebt in seiner neuesten Ausgabe mit Recht hervor, die Praxis neige der Möglichkeit der Umschaffung einer andern Schuld in eine Darlehnsschuld zu, und ich glaube, daß die Praxis wohl daran thut; der Verkehr verlangt unzweifelhaft, daß es möglich sein muß, eine andere Schuld in eine Darlehnsschuld umzuschaffen.

Stellen wir uns einmal für unsern hier vorliegenden Fall auf den starren Standpunkt, der die Möglichkeit der Umschaffung einer Kaufgeldschuld in ein Darlehn leugnet, so wäre die Sachlage folgende: Die Eheleute Bleider können nicht das von ihnen geschuldete Kaufgeld bezahlen, sie wünschen es aber als Darlehn stehen gelassen zu haben, und Kotz will das Geld als Darlehn stehen lassen; wie sollen die Schuldner zu dem Ziele kommen? Der eine Weg wäre, daß sie Kotz vorstellen: „Da das Gesetz nicht gestattet, durch Verabredung eine Kaufgeldschuld in ein Darlehn umzuschaffen, sondern ein Darlehn nur re begründet werden kann, so bleibt uns nichts anderes übrig, als dich zu bitten, daß du 500 Mk. als Darlehn uns hinzählst; wir streichen sie dann ein und bezahlen damit sofort unsere Kaufgeldschuld." Das läßt sich allerdings ausführen, aber es schließt

[1]) Gruchot's Beiträge Bd. 27 S. 921.

doch in sich, daß Kotz genöthigt ist, den Eheleuten Bleider, die ihm bereits 500 Mk. Kaufgeld schulden, das sie nicht zahlen können, noch weitere 500 Mk. in die Hand zu geben mit dem Risiko, daß sie diese 500 Mk. nicht zur Tilgung ihrer Kaufgeldschuld, sondern anderweit verwenden. Wenn sie das thun, so hat Kotz den ursprünglichen 500 Mark noch weitere 500 Mk. an üble Schuldner nachgeworfen. Weigert sich Kotz, den Bleider baare 500 Mark, ehe sie die 500 Mark Kaufgeld gezahlt haben, hinzugeben, so bliebe nur der andere Weg, um die 500 Mark Kaufgeld in ein Darlehn des Kotz in gleichem Betrage zu verwandeln, daß die Bleider sich an einen Dritten wendeten und sagten: „Kotz will uns 500 Mk. Kaufgeld als Darlehn stehen lassen; das läßt sich nach dem Gesetze nichts anders erzielen, als daß uns Kotz 500 Mk. baar in die Hand giebt; dazu will er sich aber erst verstehen, wenn wir vorher die Kaufgeldschuld tilgen; borg uns zu diesem Zweck 500 Mk., dann tragen wir sie zu Kotz; er giebt sie uns als Darlehn, und wir bringen sie dir sofort als Rückzahlung der von dir geborgten 500 Mk." Bei dieser Manipulation liefe der Dritte die Gefahr, daß die Eheleute Bleider die 500 Mk. nicht zurückzahlten, sondern für sich verwendeten. Unser Recht wäre in der That ein armseliges, wenn es die Möglichkeit, eine Kaufgeldschuld in eine Darlehnsschuld umzuwandeln, davon abhängig machte, daß der Käufer, der das Kaufgeld zu zahlen nicht in der Lage ist, erst Jemanden fände, der ihm noch weiter soviel baar kreditirte, als er an Kaufgeld zu zahlen hat. Solche Hindernisse legt sich eine gesunde Rechtsentwicklung nicht in den Weg. Nun wird zwar zugegeben, es könne nach Preußischem Landrecht wirksam verabredet werden, daß das als Kaufgeld Geschuldete „nach den gesetzlichen Bestimmungen über das Darlehn gezahlt werde," aber es soll dann immer noch „aus dem Kaufe" geschuldet bleiben. Die Folge wäre, daß in Betreff der Verjährung nicht die für eine Darlehnsschuld, sondern die für eine Kaufgeldschuld bestehenden Vorschriften maßgebend seien. Dann hätten im vorliegenden Falle gerade die Parteien das, was sie beabsichtigten, nicht erreichen können: die 500 Mark würden ungeachtet der Vereinbarung, sie sollten als Darlehn stehen bleiben, innerhalb der für Forderungen aus Viehhändeln gesetzlichen kurzen Verjährungsfrist verjähren. Denn den Eintritt der gesetzlichen Verjährung einer solchen Kaufgeldschuld kann man nach gemeinem und französischem Rechte überhaupt nicht vertragsmäßig

ausschließen, nach Preußischem Rechte kann man ihn nur durch gerichtlich verlautbarten Vertrag ausschließen.[1]) Folgt man der strengen Ansicht von Eccius, und will man unsern Fall nach Preußischem A.L.R. beurtheilen, so hätten die Parteien, um die kurze Verjährungsfrist auszuschließen, eine entsprechende Erklärung vor Gericht abgeben müssen. Da sie das nicht gethan, würde die von der Beklagten vorgeschützte Verjährungseinrede begründet und die Klage abzuweisen sein.

Dies ist nicht der allgemeine Standpunkt der Preußischen Praxis. Die Worte des Gesetzes, daß die Natur des ursprünglichen Geschäfts „noch" nicht durch Ausstellung oder daß sie nicht „durch bloße Ausstellung" eines Schuldscheines als über ein Darlehn geändert werde, giebt der freieren Auffassung Raum, eine solche Aenderung sei möglich, wenn der Ausstellung eines Darlehnschuldscheines die Vereinbarung der Betheiligten über die Umschaffung der ursprünglichen Schuld hinzukomme. Jeder Zweifel nach dieser Richtung wird gehoben, sobald das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft tritt; denn das B.G.B. durchhaut den gordischen Knoten; es sagt mit klaren Worten, daß durch Vereinbarung ein Darlehn aus einem anderen Schuldverhältnisse begründet werden kann[2]), obwohl auch nach dem B.G.B. (wie nach dem römischen Rechte und nach dem A.L.R.) das Darlehn zu seiner Entstehung voraussetzt, daß Jemand Geld „als Darlehn empfangen hat[3])."

Gehen wir von der weniger strengen Auffassung des A.L.R. aus, nehmen wir also die rechtliche Möglichkeit der Umschaffung einer Kaufgeldschuld in eine Darlehnsschuld an, so fragt sich nur: Haben wir es vorliegend mit einem Fall zu thun, in welchem „blos" ein Schuldschein über eine Kaufgeldschuld als über ein Darlehn ausgestellt oder in welchem nebenher noch eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen ist? Eine solche Vereinbarung hat der Kläger in seiner Entgegnung auf die Klagbeantwortung direkt behauptet, und die Beklagte hat sie geleugnet. Bedarf es des Beweises

---

[1]) Vergl. Savigny, System Bd. 5 S. 411; Code civil art. 2220; A.L.R. § 566 Thl. I Tit. 9.

[2]) Siehe den letzten Satz des Druckblattes (im Beilageheft S. 20).

[3]) B.G.B. erste Lesung § 453, zweite Lesung § 547: Wer Geld .... als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene ... zurückzuerstatten.

der Vereinbarung, oder ergiebt sich nicht vielleicht aus dem Scheine und dessen Vorlage durch den Kläger ohne Weiteres, daß eine solche Vereinbarung stattgefunden hat? Wir dürfen wohl aus dem Scheine und aus seiner Annahme durch den Kläger mehr herauslesen, als die bloße Thatsache, es sei ein Schuldschein über das schuldige Kaufgeld als über ein Darlehn ausgestellt. Die Eheleute Bleider begnügen sich nicht damit, in dem Scheine zu sagen, daß sie dem Kläger 500 Mk. als Darlehn schulden, sondern sie bekennen, aus Kauf 500 Mk. zu schulden, und sie versprechen, die 500 Mk., die als Darlehnskapital stehen bleiben sollen, nach vierteljähriger Kündigung zurückzuzahlen, bis zur Rückzahlung auch mit 5 pCt. zu verzinsen. Das heißt doch wohl nichts Anderes als: „Wir Eheleute Bleider erklären hierdurch, daß wir vereinbaren wollen, oder daß wir vereinbart haben, die Kaufgeldschuld von 500 Mk. für erhaltenes Vieh in eine fünfprozentige Darlehnsschuld umzuwandeln." Darin läge aber erst die Erklärung des Vereinbarungswillens auf Seiten des Schuldners (unter Wahrung der nach A.L.R. erforderlichen Schriftform), noch nicht die „Vereinbarung". Zweifellos ist indeß dem Kläger der Schuldschein ausgehändigt, der Kläger hat ihn angenommen, er macht auch Gebrauch von dem Scheine. Hierin läßt sich die Einverständnißerklärung des Klägers finden, wenn eine solche Einverständnißerklärung nicht etwa schon der Ausstellung des Scheines vorhergegangen sein sollte. Eine Beweisführung über eine neben der Ausstellung des Scheines stattgehabte Vereinbarung, daß das Kaufgeld für die Zukunft als Darlehn geschuldet werden solle, bedarf es nicht. Das Gericht ist auf Grund des § 259 C.P.O. befugt, aus der gesammten Sachlage auch ohne Beweisaufnahme auf jene Vereinbarung zu schließen. Dazu ermächtigt jener Paragraph ausdrücklich. Wir haben also hier einen Fall „freier Beweiswürdigung" vor uns, in welchem eine Beweisführung überhaupt unterblieben ist. Die feststehenden Thatsachen ergeben bereits genügend, was nach gemeinem Recht eine Umschaffung in ein Darlehn enthält, und was nach A.L.R. etwa noch neben der „bloßen Ausstellung" des Scheines erfordert werden könnte. Die Klage ist als Darlehnsklage begründet. Daraus folgt, daß die Verjährungseinrede, soweit sie das Kapital betrifft, als unbegründet hinwegfällt. Wenn die Beklagte mit der Behauptung, der Anspruch rühre aus Viehhändeln her, sagen will, es handele sich um eine Kaufklage, so irrt sie eben; es liegt ein Darlehn vor.

Wer aber den Wortlaut des Schuldscheines, wer dessen Aushändigung und dessen Annahme im Hinblick auf § 866 A.L.R. I. 11 und § 452 A.L.R. I. 16 nicht für ausreichend hält, vielmehr daneben noch eine besondere Vereinbarung der Parteien erfordert, der muß über die vom Kläger behauptete, von der Beklagten geleugnete „ausdrückliche Vereinbarung" Beweisverhandlungen einleiten. Die nähere Substanziirung der „ausdrücklichen[1]) Vereinbarung" und der Beweisantritt darüber fehlt noch. Jedenfalls läge aber in der nachträglichen Geltendmachung dieser Vereinbarung nur eine zulässige thatsächliche Erläuterung der Klage, nicht die Geltendmachung eines neuen Klaggrundes, also nicht eine Klagänderung.

Außer der Verjährungseinrede hat eventuell die Beklagte weiter geltend gemacht: auf die eingeklagten 250 Mk. seien diejenigen 200 Mk., welche laut des Klagvorbringens aus dem Konkurse ihres Ehemannes an den Kläger gefallen sind, der Art abzurechnen, daß die 200 Mk. von der Gesammtsumme der 500 Mk. abzuziehen seien, daß also für sie nur die Hälfte von 300 Mk. mit 150 Mk. zu zahlen übrig bleibe. Die Behauptung des Klägers in der Klage, er habe aus dem Konkurse des Mannes 200 Mk. erhalten, war etwas Ueberflüssiges; der Kläger war jedenfalls berechtigt, die Hälfte der 500 Mk. von der Beklagten zu fordern; denn die Frage, ob, jeder der beiden Schuldner nach dem Scheine oder nach dem ursprünglichen Schuldverhältnisse auf die vollen 500 Mk. (in solidum) haftet, können wir ununtersucht lassen, da mindestens jeder für die Hälfte haftet und mehr als diese Hälfte die Beklagte nicht zahlen soll.

Gleichwohl wollen wir zu unserer Belehrung uns ein wenig mit jener Frage beschäftigen. Die Eheleute Bleider, nehmen wir an, haben das Vieh für 500 Mk. zum Weiterverkauf gemeinsam gekauft. Da ist nach gemeinem Recht davon auszugehen, daß jeder für die Hälfte des schuldig gewordenen Kaufgeldes haftet; sollte jeder für das Ganze haften, so bedürfte das eines besonderen Willensausdrucks. Das A.L.R. nimmt einen anderen Standpunkt ein: Wenn durch ein und denselben Vertrag Mehrere sich verpflichten, so haftet jeder fürs Ganze, es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich verabredet sein (§ 424 A.L.R. I. 5). Um vorliegend festzustellen, ob jeder der ursprünglichen beiden Schuldner fürs Ganze haften sollte, müßten wir

---

[1]) Vergl. oben S. 240.

den Abschluß der Viehhändel des Näheren kennen. Gesetzt aber auch, die Händel seien so abgeschlossen gewesen, daß Mann und Frau je nur zur Hälfte für das Kaufgeld hafteten, so würde sich die Sachlage doch wesentlich durch Ausstellung des Scheins haben verändern können. Der Schein stellt eine gemeinsame Verabredung in ein und demselben Vertrage dar. Nach A.L.R. würden die Unterzeichner, wenn sie als Viehkäufer auch nur je zur Hälfte das Kaufgeld schuldeten, für das Darlehn in solidum haften. Nach dem gemeinen Rechte würde aus dem Scheine und der ihm zu Grunde liegenden Abrede Mann und Frau die 500 Mk. je zur Hälfte als Darlehn schulden. Wenn also im Konkurse des Mannes 200 Mk. auf seine Schuld von 250 Mk. getilgt sind, so ist des Mannes Schuld noch nicht voll getilgt, und die Frau kann auf die 250 Mk., die von ihr geschuldet werden, nichts von jenen 200 Mk. anrechnen. Will sie das vorliegend doch thun, indem sie geltend macht, die im Konkurse des Mannes gezahlten 200 Mk. kämen an der Gesammtschuld der 500 Mk. in Abzug, und ihr läge lediglich ob, die Hälfte der übrigbleibenden 300 Mk. mit 150 Mk. zu zahlen, so ist das nur verständlich, wenn man ein ganz besonderes eheliches Güterrecht zwischen den Eheleuten Bleider als bestehend annimmt.

In unserem deutschen Vaterland gibt es mehr als hundert verschiedene eheliche Güterrechte. Unter welchem Güterrechte die Eheleute Bleider leben, ersieht man aus den Verhandlungen nur in sofern, als in der Klage behauptet ist, die Eheleute hätten in getrennten Gütern gelebt; damit ist aber noch lange nicht entschieden, wie es sich mit der Haftung wegen der in der Ehe gemachten Schulden verhält. In einer ganzen Zahl deutscher Güterrechte besteht nämlich die eigenthümliche Bestimmung, daß für die Eheschulden primär der Mann in totum und nur subsidiär die Frau haftet, nie aber weiter als bis zur Hälfte. Wenn vorliegend die Eheleute unter einem derartigen Güterrechte gelebt hätten, dann wäre die Einrede begründet, daß 100 Mk. von den 200 Mk., welche aus dem Vermögen des Mannes gezahlt sind, ihr angerechnet werden müßten; denn dann stellte sich die Rechnung so: der Mann haftet primär für die 500 Mk., es sind von ihm gezahlt 200 Mk., folglich besteht die Schuld noch zu 300 Mk., hierfür wird, weil der Mann nicht mehr zahlungsfähig ist, subsidiär die Frau in Angriff genommen, aber nur zur Hälfte. So ist die Einrede der Beklagten gedacht. Da aber

die Klagbeantwortung nichts davon sagt, daß die Eheleute unter einem solchen besonders gearteten Güterrecht gelebt haben, so müßte das Nöthige erst durch das richterliche Fragerecht festgestellt werden. So, wie die Sache nach dem Druckblatte liegt, müssen wir sagen: Von den gezahlten 200 Mk. kommt der Frau nichts zugute. Also diese Einrede ist ebenso unbegründet, wie die der Verjährung, und wir kämen damit, was das Hauptgeld betrifft, zu dem Schluß: die Beklagte wird verurtheilt.

Wie aber steht es mit den Zinsen? Auch auf sie bezieht sich die Einrede der Beklagten, „der erhobene Anspruch" sei verjährt. Die Zinsen sind gefordert vom 1. März 1880 an. Die Klage ist anscheinend im Jahre 1890 erhoben, folglich werden zehnjährige rückständige Zinsen verlangt. Beim Darlehn verjähren die Zinsen in den älteren Preußischen Landestheilen binnen vier Jahren, anderwärts binnen noch kürzerer Frist. Es würde also ein Theil der Zinsen verjährt sein, sie müßten soweit abgesprochen werden.

Dann ist noch vom Kläger die Bitte gestellt, das Urtheil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Auch diese Bitte ist nicht den Gesetzen entsprechend; es konnte die Vollstreckbarkeitserklärung unabhängig davon beantragt werden, daß Kläger Sicherheit leistete, da ein Betrag unter 300 Mk. eingeklagt ist (§ 649 Nr. 4 C.P.O.).

Das wäre das Resultat der Sache, wenn eine Umschaffung in ein Darlehn vorliegt. Ist man anderer Ansicht und sagt: eine Umschaffung von Kaufgeld in ein Darlehn ist nicht möglich, dann käme der möglicherweise sonst noch im Schuldschein enthaltene Klaggrund des Schuldversprechens in Betracht.

Damit treten wir an eine Frage heran, die mindestens ebenso schwierig zu beantworten und ebenso zweifelhaft ist, wie die Frage, ob aus einer Kaufgeldschuld durch Umschaffung ein Darlehn entstehen kann. Es ist das die Frage, ob ein Schuldschein einen Verpflichtungsgrund bildet, ohne daß überhaupt eine causa oder ohne daß eine thatsächlich genügend festgestellte causa zu Grunde liegt, mit anderen Worten: ob die Anerkennung ein selbständiger Verpflichtungsgrund sei. Anfang der fünfziger Jahre ist durch eine epochemachende Schrift Bähr's dies Problem in die Wissenschaft hineingetragen worden. Nach 25 Jahren ist es dann auch für das A.L.R. aufgetaucht, und man hat auch hier eine Reihe von Spuren gefunden, nach denen das

A.L.R. eine gewisse Verpflichtung aus einem Anerkenntnisse herleitet, ohne daß nach einer zu Grunde liegenden causa gefragt wird. So viel steht schon lange fest, daß, wenn zwei Leute — auch außerhalb des Handelsverkehrs — über ihre Forderungen und Gegenforderungen „abrechnen" und einen gewissen Betrag als Rechnungsabschluß feststellen, diesen Betrag Derjenige, zu dessen Gunsten er sich ergeben hat, einklagen kann, ohne daß das ganze Verhältniß der einzelnen Rechnungsposten dargelegt werden müßte. Aehnlich ist es genügend, wenn die Interessenten sich „berechnen". Von einer solchen Berechnung spricht auch das A.L.R. z. B. in § 116 Thl. I Tit. 16, wo es in der Lehre von der Beweiskraft der Quittung heißt:

„Bezieht sich die Quittung auf eine gehaltene Berechnung und wird darin bekannt, daß der Empfänger dem Aussteller nichts mehr schuldig geblieben sei, so sind alle bis dahin zahlbar gewesene Posten für abgethan zu erachten."

Das ist also eine Berechnung, die einer Quittung zu Grunde liegt; hier in unserm Falle haben wir es zu thun mit einer Berechnung, die einem Schuldschein zu Grunde liegt. Darüber sagt Eccius:[1]) „Berechnung über gegenseitige Ansprüche enthält auch für das Anerkenntniß einer Schuld in Höhe des Rechnungsergebnisses eine genügende causa". Hätten also die Eheleute Bleider in dem Scheine gesagt: „Wir erkennen und bekennen hiermit, laut Berechnung aus Viehhändeln dem Wirth Kotz 500 Mk. zu schulden," dann würde auch nach der Auffassung von Eccius aus der Berechnung eine Klage entstanden sein. Nun fragt man: folgt nicht aus den Worten des Scheines das Bekenntniß einer Berechnung, oder muß das Wort Berechnung ausdrücklich gebraucht sein? Wie heute die Praxis steht, würden die Gerichte wahrscheinlich dahin neigen, den Schein, weil er weder von Abrechnung, noch von Berechnung spricht, als Verpflichtungsschein ohne causa für ungenügend zu erachten. Wäre er aber als Bekenntniß über eine stattgehabte Berechnung wirksam, so würde für die Beurtheilung unseres Rechtsfalles dasselbe eintreten, was wir angenommen haben, indem wir die Umwandlung der Kaufgeldschuld in eine Darlehnsschuld unterstellten: für eine Schuld aus Berechnung giebt es keine abgekürzte Verjährung. Die Einrede der Ver-

[1]) Preuß. Pr.R. 6. Aufl. Bd. 1 S. 440.

jährung, auf die sich Beklagte beruft, wäre also auch gegenüber dem Klaggrund der Berechnung unbegründet.

Nur wenn man aus den Gesetzen als Absicht des Gesetzgebers herausliest, daß ein Parteiwillen nicht respektirt werden soll, der darauf abzielt, aus einer Kaufgeldschuld ein Darlehn zu begründen oder durch eine gegenseitige Berechnung das Zurückgreifen auf die unterliegenden Einzelgeschäfte auszuschließen — nur unter dieser Voraussetzung käme in letzter Linie die vorliegende Klage als Kaufklage in Betracht. Als diese wäre sie zwar begründet, aber verjährt.[1])

---

Thatbestand und Gründe des zu fällenden Urtheils ließen sich vom Standpunkt des Preußischen Landrechts aus etwa so fassen:

„Die Beklagte und ihr am 12. Juli 1880 verstorbener Ehemann schuldeten am 1. März 1880 dem Kläger 500 Mk. aus Viehhändeln.

Am 1. März 1880 haben die Beklagte und ihr Ehemann dem Kläger folgenden Handschein ausgestellt (folgt der Wortlaut).

In dem über den Nachlaß des Ehemannes der Beklagten eröffneten Konkursverfahren hat Kläger 40 pCt. seiner Forderung mit 200 Mk. gezahlt erhalten. Der Beklagten ist am 6. September 1880 gekündigt worden. Diese Thatsachen haben die Parteien zugestanden.

Da Zahlung des Restes der Forderung noch nicht erfolgt ist, bittet Kläger, die Beklagte zur Zahlung von 250 Mk. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 1. März 1880 zu verurtheilen[2]), auch das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Beklagte bittet um Klagabweisung, weil der Klaganspruch als aus Viehhändeln herrührend verjährt sei. Eventuell seien von den gezahlten 200 Mk. die Hälfte an der eingeklagten Forderung zu kürzen.

Kläger macht hiergegen geltend, bei und nach Ausstellung des Handscheins sei zwischen ihm und den Eheleuten Bleider vereinbart, die Viehhändelschuld solle in ein zu 5 pCt. verzinsliches Darlehn umgewandelt sein.

Beklagte erhebt gegen dieses Vorbringen, weil es eine unstatt-

---

[1]) Siehe oben S. 305.

[2]) In der Klagschrift S. 18. 19 des Beilageheftes fehlt die Bitte um Verurtheilung der Beklagten in die Kosten. Die Bitte ist unnöthig gemäß § 279 Abs. 2 C.P.O.

hafte Klagänderung enthalte, Widerspruch, eventuell leugnet sie das Vorbringen. Den darüber von dem Kläger zugeschobenen Eid nimmt Beklagte an.

Gründe:

Indem Kläger seine Klage auf den unstreitig von der Beklagten und ihrem verstorbenen Ehemann ausgestellten Handschein stützt, überläßt er dem Gericht denjenigen in dem Handschein dargelegten Klaggrund als geltendgemacht zu betrachten, welcher ihm, dem Kläger, am günstigsten ist. Dies ist der Klaggrund des Darlehns oder der Schuldanerkennung, weil diesem Klaggrunde gegenüber die Einrede, daß die Klage als aus Viehverkäufen erhoben verjährt sei, unbegründet erscheint, soweit diese Einrede der Hauptforderung entgegengesetzt ist. Da durch die Einrede die Klage als Kaufklage ausgeschlossen werden würde, kann unerörtert bleiben, ob die Klage als Kaufklage begründet wäre.

Aus dem Thatumstande, daß Beklagte mit ihrem Ehemann den fraglichen Handschein ausgestellt und dem Kläger eingehändigt, dieser auch ihn angenommen hat, ergiebt sich die Umwandlung der aus Viehhändeln entsprungenen Kaufschuld in ein Darlehn. Denn der Handschein enthält nicht etwa lediglich das Bekenntniß einer Darlehnsschuld, sondern er enthält das Versprechen der Eheleute Bleider, ihre ursprünglich aus Kauf entstandene Schuld, alljährlich als ein auf vierteljährige Kündigung zurückzuzahlendes Kapital mit 5 pCt. zu verzinsen. Aus diesem Versprechen, sowie daraus, daß Kläger den Schuldschein angenommen hat, ergiebt sich die zur Umschaffung einer Kaufgeldschuld in eine Darlehnsschuld erforderliche Vereinbarung der Parteien, ohne daß es noch des Beweises der vom Kläger behaupteten, von der Beklagten geleugneten bei und nach Ausstellung des Handscheins ausdrücklich getroffenen Vereinbarung bedarf, in deren Geltendmachung nur eine statthafte Ergänzung, nicht aber, wie Beklagte vermeint, eine unstatthafte Aenderung der Klage enthalten sein würde. Ebensowenig bedarf es der Prüfung der Klage vom Gesichtspunkt der durch die Ausstellung des Scheines dargethanen als selbständiger Klaggrund geltenden Be- oder Abrechnung.

Auf die ursprünglich 500 Mk. betragende Darlehnsforderung sind feststehendermaßen 200 Mk. aus der Nachlaßmasse des mitverhafteten Ehemannes der Beklagten gezahlt. Wenn Beklagte davon

100 Mk. auf die von ihr geschuldete Hälfte des Darlehns angerechnet wissen will, so ist dieser Anspruch unbegründet, weil die Beklagte nicht hat darlegen können, daß sie mit ihrem Ehemanne in einer Gütergemeinschaft gelebt hat, derzufolge der Ehemann bei gemeinsam kontrahirten Eheschulden an erster Stelle für das Ganze, die Ehefrau aber nur subsidiär für die Hälfte hafte. Beim Mangel dieser Darlegung muß die Beklagte, die unbestrittenermaßen mit ihrem Ehemann in getrennten Gütern gelebt hat, mindestens für die eingeklagte Schuldhälfte aufkommen.

Was die geforderten Zinsen angeht, so bezieht sich auch auf sie die von der Beklagten geltendgemachte Einrede der Verjährung „des erhobenen Anspruchs" mit. Demnach ist der Zinsanspruch für die Zeit vom 1. März 1880 bis 31. Dezember 1885 als verjährt zurückzuweisen."

---

Die fünf von mir durchgesehenen Arbeiten (drei sind von Studirenden, zwei von Referendaren geliefert) kommen auffälligerweise sämmtlich wieder zu gleichem Resultate, aber zu einem andern, als zu dem ich gelange. Alle wollen, indem sie die im Druckblatte fehlenden Beweisverhandlungen dahin ergänzen, daß dem Kläger der von ihm zugeschobene Eid zurückgeschoben sei, auf einen Eid erkennen über die Verabredung, daß das Kaufgeld in ein Darlehn habe umgewandelt sein sollen. Das läßt sich gewiß hören von dem Standpunkt aus, was der Schein besage, genüge nicht; es müsse noch die angeblich neben dem Scheine liegende Vereinbarung bewiesen werden. Wenn man aber hiervon ausgeht, dann kam für diejenigen Arbeiten, die auf dem Boden des A.L.R. stehen, wesentlich die Frage in Betracht: Kann denn durch eine mündliche Vereinbarung, es sollten 500 Mk. Kaufgeld als Darlehn stehen bleiben, eine Umschaffung von Kauf zum Darlehn bewirkt werden? Ist das nicht ein Geschäft, das unbedingt der Schriftlichkeit bedarf?

Zwei der vorgeschlagenen Eide geben ihrer Fassung wegen Anlaß zu einigen Bemerkungen von allgemeinerer Bedeutung. Der eine Eid lautet: „Beklagte soll schwören, daß auf Erfordern ihres verstorbenen Ehemannes, der Kläger möge geschehen lassen, daß die aus Viehhändeln geschuldeten 500 Mark als Darlehn stehen blieben, der Kläger ausdrücklich bei und nach Ausstellung des Schuldscheines vom 1. März 1880 seine Zustimmung erklärt und daß die Beklagte die

Handlung ihres Ehemannes später ausdrücklich genehmigt habe". Dieser Eid ist so komplizirt und so wenig verständlich, er weicht so ab von dem, was behauptet ist, daß er nicht brauchbar erscheint. Er verstößt gegen die Regel: der Eid kann nur auf Thatsachen und zwar nur auf solche Thatsachen gestützt werden, die von den Parteien gebracht sind.

Der zweite Eid ist auch in der Unterstellung aufgelegt, daß die Beklagte den ihr über die behauptete Vereinbarung zugeschobenen Eid zurückgeschoben habe, und dahin formulirt: „Kläger soll schwören, daß bei oder nach Ausstellung des Schuldscheines vereinbart sei, die betreffende Kaufgeldschuld werde hiermit in ein Darlehn umgewandelt". Die Begründung führt aus, wenn die Vereinbarung bei Ausstellung des Scheines getroffen sei, so gelte der Schuldschein als über die neue Darlehnsschuld ausgestellt; in der nachträglichen Behauptung dieser Vereinbarung liege eine zulässige Klagergänzung oder Klagerläuterung, keine unzulässige Klaganderung. Wenn aber die Vereinbarung erst nach Ausstellung des Scheines getroffen sei, so sei in der nachträglichen Geltendmachung dieses Umstandes eine unzulässige Klagänderung zu finden, und die Klage müsse bei Leistung des Eides abgewiesen werden; denn die ursprüngliche Kaufgeldklage könne nicht in eine Darlehnsklage übergehen gegen den Widerspruch der Beklagten. Hierin liegen mehrfache schwere Fehler. Zunächst könnte es zu einem Eide darüber, daß „bei oder nach" Ausstellung des Scheines die Umwandlung der Kaufgeldschuld vereinbart sei, schon deshalb nicht kommen, weil eine solche Parteibehauptung gar nicht vorliegt. Kläger hat behauptet, es sei „bei und nach" Ausstellung des Scheines jene Vereinbarung getroffen[1]), er hat also eine doppelte Vereinbarung zu zwei verschiedenen Zeiten behauptet. Der Eid redet aber nur von einer Vereinbarung, die entweder bei oder nach Ausstellnng des Scheines getroffen ist; ob das Eine oder das Andre, läßt der Eid unentschieden. An solcher Unentschiedenheit darf aber ein Eid nicht leiden. Hätte Kläger dem Eide entsprechend behauptet, daß bei oder nach Ausstellung des Scheines die Umwandlung vereinbart sei, so war diese Behauptung wegen ihrer Unbestimmtheit zu verwerfen, sie war ungeeignet, in einen Eid aufgenommen zu werden[2]), sie bedurfte der Erläuterung. Die vollkommen klare und bestimmte Partei-

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 19. — [2]) Siehe oben S. 134 ff.

behauptung modelt also der vorgeschlagene Eid verkehrter Weise in eine unbestimmte Thatsache um. Vermuthlich ist der Verfasser der Eidesformel davon ausgegangen, daß der Kläger seiner Beweispflicht genügt, wenn er die eine oder die andre Vereinbarung beweist, mit andern Worten: daß es sich um alternative Beweissätze handelt. Das ist vollkommen richtig. Dem entsprechend muß aber der über jeden der Beweissätze zurückgeschobene Schiedseid ebenfalls alternativ gefaßt, d. h. vom Kläger mußte der Eid verlangt werden, entweder: „Ich schwöre, daß bei Ausstellung des Scheines", oder „ich schwöre, daß nach Ausstellung des Scheines" die fragliche Vereinbarung getroffen sei. Das ist inhaltlich ein durchaus andrer Eid als der vorgeschlagene. Leider ist eine solche Verwechselung zwischen zwei alternativ gefaßten Eiden und einem Eide, der auf eine alternative Behauptung gerichtet ist, in der Praxis nichts Seltenes. Es waren also, wenn es auf die nach Ausstellung des Scheines getroffene Vereinbarung neben der bei der Ausstellung getroffenen ankam, zwei Eide in alternativer Fassung zu bilden, und der Kläger hatte zu wählen, welchen dieser Eide er schwören wollte. Diese beiden Eide, von denen jeder auf eine bestimmte Thatsache lauten würde, zieht der vorgeschlagene Eid irrig in einen Eid (und zwar in einen unbestimmten, mithin unbrauchbaren Eid) zusammen. Da aber der Verfasser des Eides weiter ausspricht, daß der Kläger, wenn die Vereinbarung nach Ausstellung des Schuldscheins getroffen sei, bei Leistung des Eides den Prozeß verliere, so begeht er noch einen weiteren Fehler. Ist die verspätete Geltendmachung der nach Ausstellung des Scheines getroffenen Vereinbarung unzulässig, so durfte über diese Vereinbarung keinerlei Beweis erhoben, also auch keinerlei Eid auferlegt werden; die betreffende Parteibehauptung war als unerheblich zu verwerfen; die Worte „oder nach" waren im Eide wegzulassen; sie in den Eid aufzunehmen, heißt, soweit dem Kläger einen unnützen Eid ansinnen. Daß der Eid in Betreff jener Worte unnütz, ergiebt sich klar aus der angekündigten Folge der Eidesleistung: Kläger soll bei Leistung des entsprechenden Theiles des Eides abgewiesen werden; jedenfalls soll er doch auch bei Verweigerung des Eides abgewiesen werden. Es ist ein prozessualisches Unding, dem Kläger einen Eid aufzulegen, dessen Leistung zur Abweisung der Klage führt. Das Resultat durfte also nicht sein, daß der Eid über eine bei oder nach Ausstellung des Scheins getroffene Abrede

regulirt wurde; der Eid mußte sich vielmehr auf die bei Ausstellung des Scheins getroffene Abrede beschränken.

---

Als die hauptsächlichsten Rechtssätze, die aus unserer Erörterung sich ergeben, lassen sich folgende drei hinstellen:

1. Die Umwandlung einer Kaufgeldschuld in ein Darlehn durch Vereinbarung ist auch nach A.L.R. möglich.

2. Ein Kläger, dem der Beklagte einen Schuldschein mit dem Versprechen ausgestellt hat, ein geschuldetes Kaufgeld als Kapital stehen zu lassen und nach vierteljähriger Kündigung mit näher bestimmten Zinsen zurückzuzahlen, erhebt, wenn er aus solchem Schuldschein klagt, die Darlehnsklage, ändert also seine Klage nicht durch die nachträgliche Behauptung, bei und nach Ausstellung jenes Scheines sei die Umwandlung der Kaufgeldschuld in ein Darlehn vereinbart.

3. Wird über alternative klagbegründende Thatsachen der Schiedseid zurückgeschoben, so ist nicht ein Eid, welcher die beiden alternativen Thatsachen mit „oder" verbunden enthält, sondern es sind zwei Eide zu bilden, von denen dem Kläger die Wahl freisteht, welchen er schwören will.[1])

[1]) Vgl. oben S. 5; auch S. 246.

# 16.

In dem Druckblatte, das Ihnen die Schriftsätze in Sachen Kitz gegen Bock vorführt,[1]) werden Sie wiederum einen außerordentlich einfachen Thatbestand gefunden haben. Dieser Thatbestand tritt Ihnen alsbald in die prozessualische Form gekleidet entgegen. Lösen wir den Thatbestand aus dieser Form heraus, so ergiebt sich: Bock hat von Kitz 400 Mk. zinslos dargeliehen erhalten mit der Abrede, das Darlehn solle am 18. Februar 1892 zurückgezahlt werden; an diesem Tage hat Bock sein Dienstmädchen mit 400 Mk. zu Kitz geschickt, um ihm die 400 Mk. zahlen zu lassen; Kitz hat dem Dienstmädchen, welches sagte: „Hier bringe ich die 400 Mk. von Herrn Bock", erwidert, sie möge das Geld nur wieder mitnehmen, er nehme es nicht an.

Versetzen wir uns nunmehr in die Lage der beiden Kontrahenten, zwischen denen dies verhandelt ist, und zwar zunächst in die Lage Bock's, zu welchem das Dienstmädchen zurückkehrt mit der Erklärung, der Gläubiger nehme das Geld nicht an. Was würden wir wohl gethan haben, wenn das Dienstmädchen zu uns mit der Antwort des Kitz zurückgekommen wäre? Welches ist voraussichtlich für den Schuldner Bock der nächstliegende Gedanke? Ich höre die Antwort: der Schuldner wird denken, „dann will ich das Geld deponiren". Ob alle die Herren, die hier vor mir sitzen, das für das Natürlichste halten? Dem gesunden Menschenverstande drängt sich doch vielleicht ein anderer Gedanke auf. Bock sagt sich möglicherweise: „Wenn ich mein Dienstmädchen zum Gläubiger schicke, um ihn baar zu bezahlen, und ich erhalte die Antwort, er nehme das Geld nicht, dann habe ich meine Schuldigkeit gethan und stecke das Geld ein, erfreut, es zurückerhalten zu haben, und im Bewußtsein,

---

[1]) Siehe Beilageheft S. 21 bis 23.

nun nichts mehr zu schulden". Die Sache hat beim Gericht einen dieser Auffassung entsprechenden Ausgang genommen.

Sämmtliche von mir durchgesehenen Arbeiten — es sind diesmal deren sechszehn — stehen auf einem anderen Standpunkte. Schwerlich sind schon viele Lehrer des Rechts in gleich günstiger Lage gewesen, eine solche Sammlung prüfen zu können, welche offen darlegt, wie sich die Beurtheilung eines und desselben Rechtsfalls in den Köpfen angehender Juristen je nach der Stufe der siebenjährigen vorschriftsmäßigen Ausbildung gestaltet, eines Rechtsfalls, der einfachster Natur ist, und über den jeder denkende Mensch ohne alle spezifischen Rechtskenntnisse sich ein Urtheil muß bilden können. Ich kann mich nur lobend über das Meiste aussprechen, was in den Arbeiten geleistet ist. Dabei befinde ich mich diesmal in einer angenehmeren Lage als die beiden letzten Male; denn ich gelange im Falle Kitz gegen Bock mit den Herren zu gleichem Endresultate: das Gericht, welches sagt, der Beklagte brauche nicht mehr zu zahlen, ist auf falscher Fährte. Trotzdem befriedigen mich die Arbeiten bis auf eine doch nicht ganz, und zwar deswegen nicht, weil sie den Gedanken, die Darlehnsschuld der 400 Mk. sei dem Bock definitiv erlassen, nicht der näheren Erörterung unterziehen, obwohl auf diesem Gedanken die Vertheidigung des Beklagten in seiner Klagbeantwortung offensichtlich beruht. Die Arbeiten beschränken sich — außer jener einen — darauf, zu sagen: „In der Weigerung des Kitz, die 400 Mk. anzunehmen, liegt nichts vor als ein Annahmeverzug; da Annahmeverzug die Obligation nicht tilgt, so muß der Beklagte verurtheilt werden". Die Herren erinnern sich, daß ich in einer meiner Einleitungsvorlesungen sagte, wir würden manchmal zu tadeln Veranlassung haben, aber um Allem, was ich hier sage und thue, die Spitze abzubrechen, machte ich darauf aufmerksam, daß keineswegs unsere Druckblätter überall der Wirklichkeit entlehnt seien, daß nirgends meine Kritik irgendwelchen persönlichen Charakter habe. So ist auch das Erkenntniß, welches Sie gleich mir verurtheilen, nicht in der Weise erlassen oder entworfen, wie Sie es vor sich haben. Sie erinnern sich vielleicht auch, daß ich ferner damals sagte, einmal würde ich Ihnen den Namen des Autors eines solchen Fehlers nennen, und dieser Autor sei ich selber.[1]) Um mein Versprechen zu

[1]) Siehe oben S. 21.

halten, will ich also verrathen, daß der heutige Fall es ist, in welchem ich als junger Referendar das Urtheil in dem Sinne zu entwerfen versucht habe, wie das Druckblatt ergiebt, daß mir aber der mit der Entscheidung betraute Richter sehr bald meinen Fehler klar machte. Freilich lauteten meine Gründe immerhin wesentlich anders, als die Gründe, die Sie in unserem Druckblatt gefunden haben. Ich näherte mich der Ansicht des Herrn, welcher vorhin mir antwortete, wenn Kitz das Dienstmädchen mit der Erklärung zurückschickt, er nehme die 400 Mk. nicht, so heißt das, die Schuld ist erlassen. Deshalb führte ich in meinem Urtheilsentwurfe aus, die Zeugenaussage sei dahin zu verstehen, daß der Gläubiger auf die 400 Mk. habe verzichten wollen. Das ist der Fehler, den ich gemacht habe; ich freue mich, daß die sämmtlichen Herren ihn nicht gemacht haben; trotzdem hätte wohl dieser Punkt in nähere Erwägung gezogen werden sollen. Insofern sind mir die Herren viel zu sehr Juristen gewesen, daß Ihnen garnicht die Frage entgegengetreten ist: was bedeutet denn eigentlich die Aeußerung, die Kitz laut der Aussage des Dienstmädchens gethan hat? Und ist diese Aussage der Beurtheilung zu Grunde zu legen oder vielmehr das, was der Beklagte in der Klagbeantwortung mit der sehr unbestimmten Wendung behauptet hat: „Kitz hat die Annahme des Geldes verweigert"?

Die Kritik, die die Herren an den Gründen des gerichtlichen Urtheils und in gewisser Beziehung also auch an mir geübt haben, ist zu meiner Freude eine recht scharfe. Da heißt es: die getroffene Entscheidung „spreche allem Rechtsgefühl Hohn", sie enthalte „eine unbillige Härte gegen den Kläger", „es wäre dem Verfasser des Urtheils" (also auch vielleicht mir) „zu rathen, daß er noch einmal ein Pandektenkolleg über Obligationen und deren Beendigung höre". Indem aber die Arbeiten unterlassen, darauf einzugehen, welche rechtliche Bedeutung das zwischen den Parteien Verhandelte hat, übersehen sie, daß auch dieser unser Fall zu der großen Gruppe von Fällen gehört, in denen es die Aufgabe des Richters ist, den Willen der Parteien zu interpretiren. Die Arbeiten beschränken sich vielmehr darauf zu sagen, es liege nichts weiter vor als Annahmeverzug, in den Pandekten und im A.L.R. stehe, dieser Verzug hebe die Obligation nicht auf, er sistire höchstens den Lauf der Zinsen; es könne sich also vorliegend nur darum handeln, daß dem Kläger die

geforderten Zinsen abzusprechen seien; das Kapital fordere er mit Recht. Meiner Auffassung nach ist aber der cardo rei ein anderer, als die Arbeiten angenommen haben. Der Kläger legt dem Richter die Frage vor: „Bin ich dadurch, daß ich am 18. Februar 1892 die mir angebotenen 400 Mk. zurückgewiesen habe, um meine 400 Mk. gekommen?“ Und der Beklagte seinerseits fragt den Richter dasselbe: „Muß ich, obwohl Kläger die ihm gebotenen 400 Mk. zurückgewiesen hat, trotzdem die 400 Mk. zahlen?“ Auf diese Fragen muß das gerichtliche Urtheil eine erschöpfende und überzeugende Antwort geben. Das thun aber die in den Arbeiten vorgeschlagenen Urtheile theils gar nicht, theils nur in unvollkommenem Maße. In einem dieser Urtheile heißt es z. B.: „Der Beklagte schuldet dem Kläger seit dem 1. Dezember 1891 ein Darlehn von 400 Mk.; da der Beklagte dies Darlehn bis jetzt nicht zurückgezahlt hat, ist die Bitte des Klägers, den Beklagten zur Zahlung von 400 Mk. zu verurtheilen begründet.“ Eine solche Antwort — das liegt doch auf der Hand — wird die Parteien, namentlich aber den Beklagten wenig befriedigen. Daß er ein Darlehn bekommen hat, weiß er; ebenso weiß er, daß er es nicht zurückgezahlt hat. Ob aber nicht das Angebot des Geldes im Zusammenhalt mit der Erklärung des Klägers, er nehme das Geld nicht, der Zurückzahlung gleichsteht oder von der Zurückzahlung befreit, darüber will der Beklagte vom Gericht belehrt sein. Deshalb führt er seinen Prozeß. Diese Belehrung wird ihm im vorgeschlagenen Urtheil nicht gegeben.

Unterziehen wir jetzt unseren Rechtsfall einer schulgerechten Erörterung, so wäre zunächst Klarheit darüber zu gewinnen, ob es sich um ein Geschäft handelt, auf welches das Handelsrecht Anwendung findet. Es haben sich darüber nur zwei Arbeiten ausgesprochen; die eine lehnt die Anwendung des Handelsrechts ebenso entschieden ab, wie die andere sie vertheidigt. Die letztere Auffassung ist die richtige. Ein Darlehn gehört zwar nicht zu den Geschäften, welche unbedingt, oder wenn sie gewerbmäßig betrieben werden, zu Handelsgeschäften erklärt sind, jedoch alle Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind Handelsgeschäfte, und es streitet eine Vermuthung dafür, daß alle Verträge eines Kaufmannes zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören.[1]) Der

---

[1]) Artt. 273. 274 H.G.B

Kläger, der das Darlehn gegeben, ein Bäcker, ist Kaufmann, weil er gewerbemäßig ein Handelsgeschäft betreibt, nämlich den Ankauf von Waaren zwecks Weiterveräußerung; der Schuhmacher braucht nicht unbedingt Kaufmann zu sein, ein bloßer Flickschuster ist nicht Kaufmann. Nun hat zwar das Handelsgesetzbuch über Darlehn keine besonderen Bestimmungen; es entscheiden also die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes. Indeß greift in unserm Rechtsfall nach einer Richtung doch die generelle handelsrechtliche Vorschrift durch, daß bei Handelsgeschäften schriftliche Abfassung niemals erfordert wird, soweit das H.G.B. nicht eine Ausnahme macht.[1]) Das hat vorliegend die Bedeutung, daß es nicht der Schriftform zur Feststellung des Fälligkeitstermins des Darlehns bedarf, was, wie sich demnächst ergeben wird, nach A.L.R. der Fall wäre.

Wir betrachten die Sache zunächst nach gemeinem Recht. Die Klagprüfung wird uns keine Schwierigkeiten machen. Kläger sagt: „ich habe ein Darlehn gegeben, rückzahlbar am 18. Februar 1892". Er fügt noch hinzu: „durch eingeschriebenen Brief vom 1. März 1892 habe ich den Beklagten zur Rückzahlung aufgefordert". Eine Arbeit hebt hervor, der letzte Zusatz sei unnöthig; denn, wenn das Darlehn verabredungsgemäß am 1. März 1892 zurückgezahlt werden mußte, bedürfe es nicht noch der Mahnung vom 1. März. Aber keineswegs ist die betreffende Klagbehauptung überflüssig; es könnte ja sein, daß die Verabredung des Zahlungstermins geleugnet wird und der Beweis mißlingt, dann würde die behauptete Zahlungsaufforderung von Bedeutung sein. Insofern stehen die beiden Behauptungen gleichwerthig nebeneinander; die eine oder die andere dient der klägerischen Forderung zur Stütze. An der Klage ist jedoch auszusetzen: 1. es fehlt die Aufforderung, einen Rechtsanwalt zu bestellen, 2. der Antrag „mir zu zahlen", ist inkorrekt, da die Klagschrift vom unterzeichneten Rechtsanwalt ausgeht, an diesen aber der Beklagte nicht zu zahlen hat, sondern an den Kläger persönlich, wie auch eine der Arbeiten mit Recht hervorhebt, 3. es wird gebeten, das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ohne daß der Kläger sich zur erforderlichen Sicherheitsleistung erbietet.

Von Interesse ist die angebliche Mahnung „durch Brief vom 1. März". Nur wenige der Arbeiten — aber gerade die der jüngeren

[1]) Art. 317 H.G.B.

Herren — sind darauf aufmerksam geworden, daß damit nicht eine „Mahnung am 1. März" behauptet wird. Kläger behauptet vielmehr weiter nichts, als daß sein Mahnbrief vom 1. März datirt ist; wann der Brief aber abgesandt ist, steht nicht in der Klage, noch weniger, wann er angekommen ist. Genügt es zu behaupten: die Mahnung ist erfolgt „durch Brief vom 1. März"? Keineswegs. Der Kläger muß sagen, wann der Brief angekommen ist. Aus dem mit der Klage vorgelegten Postschein erhellt das Datum der Absendung. Darf daraufhin angenommen werden, daß der Brief nach dem regelmäßigen Postenlauf angekommen ist, und muß deshalb der Beklagte etwa beweisen, daß der Brief überhaupt nicht oder daß er verspätet angekommen ist? Wie steht es ferner beim Leugnen des Beklagten, brieflich zur Zahlung aufgefordert zu sein, mit dem Beweise des Briefinhalts? Hat der Kläger zu beweisen, daß der laut Postschein aufgegebene Brief ein Mahnbrief war, oder ist es Sache des Beklagten, das Gegentheil zu beweisen, oder genügt für Kläger überhaupt der Beweis, daß der Beklagte einen eingeschriebenen Brief erhalten habe? Diese Fragen hat sehr hübsch einer der Herren Studirenden des zweiten Semesters in Anknüpfung an den Art. 46 der Wechselordnung erörtert. Laut dieses Artikels genügt zum Nachweis der Benachrichtigung des Wechselvormannes von der Nichtzahlung des Wechsels der durch Postschein geführte Beweis, daß ein Brief von dem Betheiligten an den Adressaten am fraglichen Tage abgesandt ist, sofern der Adressat nicht darthut, daß der Brief einen anderen Inhalt hatte. Einer analogen Anwendung dieses Artikels, wie sie die gelieferte Arbeit für statthaft hält, möchte ich nicht das Wort reden. Wohl aber wäre mit Rücksicht auf die freie Beweistheorie vorliegend die briefliche Mahnung des Beklagten als dadurch dargethan anzunehmen, daß der Postabsendungsschein und vielleicht auch noch in Folge weiterer Verhandlung die bei der Post befindliche Quittung des Bock über den Empfang des Briefes vorgelegt wird, sofern Bock nicht geltend macht und beweist, der Brief habe etwas Anderes enthalten als die Mahnung.

Der Schwerpunkt unseres Prozesses liegt indeß nicht in der Beurtheilung der Klage, sondern in der des Einredevorbringens. Dasselbe zeichnet sich, wie es in der Klagbeantwortung erscheint, gerade nicht durch geschickte Begründung aus. Schon viel wäre im Interesse des Beklagten gewonnen, wenn das in der Klagbeantwor-

tung stände, was das Dienstmädchen dem Beklagten als Antwort auf das Angebot der 400 Mk. überbracht hat. Aber auch die im Zeugenprotokoll niedergelegte Aeußerung des Dienstmädchens genügt mir noch nicht. Wenn ich der Schuhmacher Bock gewesen wäre, würde ich das Dienstmädchen zunächst gefragt haben: „Hat denn Kitz weiter nichts gesagt? Verstanden Sie ihn dahin, daß er überhaupt das Geld nicht mehr wolle, oder daß er es nur augenblicklich noch nicht wolle?" Denn wir Alle sind wohl darin einig, daß Kitz, wenn er die Erklärung abgegeben hätte, er wolle das Geld überhaupt nicht, damit nichts Anderes beabsichtigen konnte, als dem Beklagten seine Schuld zu erlassen. In der Klagbeantwortung läge unter dieser Voraussetzung die Geltendmachung der Einrede des Verzichts oder, technisch ausgedrückt, der exceptio pacti de non petendo. Ist jedoch die Einrede, selbst wenn man die Absicht des Klägers unterstellt, auf seine Forderung verzichten zu wollen, genügend begründet? Enthält die einseitige Verzichtserklärung des Gläubigers bereits einen Verzicht, oder ist noch nöthig, daß der Schuldner den Verzicht annimmt? Die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Autoren verlangt bei Verzicht auf Forderungen die Annahme Seitens des Schuldners. Wir wissen nichts davon, daß Bock auf die Erklärung des Dienstmädchens eine acceptirende Antwort gegeben und daß Kitz eventuell von der Antwort Kunde erlangt hätte. Folglich ist schon deshalb in der Klagbeantwortung eine genügend begründete Einrede des Verzichts nicht zu finden. Lautete aber die Aeußerung des Kitz, er nehme das Geld jetzt nicht, so ist es ebenso unzweifelhaft, daß in der Klagbeantwortung nur die Geltendmachung einer Säumigkeit des Klägers in der rechtzeitigen Annahme seines Geldes, also die Geltendmachung eines Annahmeverzugs, einer mora accipiendi liegt. Die Einrede des Erlasses würde, wie Beklagter annimmt, die Klagforderung im Ganzen als unbegründet erscheinen lassen; die Einrede des Annahmeverzugs würde lediglich auf die beanspruchten Zinsen von Einfluß sein. Nur eine der durchgesehenen Arbeiten geht auf den hiernach entscheidenden Punkt ein und prüft, ob nach den Behauptungen des Beklagten ein Erlaß der Forderung anzunehmen sei. Die Verneinung ist gewiß berechtigt. Immerhin möchte sich der Versuch empfohlen haben, im Wege des Fragerechts das Vorbringen des Beklagten erläutern zu lassen. Erfolgt keine Erläuterung, so bleibt allerdings nichts übrig, als die Einrede Bock's lediglich

dahin zu verstehen, daß er sich auf einen Annahmeverzug des Kitz berufen will und dabei in dem Rechtsirrthume befangen ist, eine Annahmeweigerung des Gläubigers hebe die Zahlungspflicht des Schuldners auf. Hierüber spricht sich drastisch ein Herr aus dem zweiten Semester aus:

„Mit wenigstens doppelter Aufmerksamkeit saß ich seit einiger Zeit im Pandektenkolleg und lauschte den Klängen von der Erfüllung der Obligationen; wie ein Stein fiel es mir vom Herzen, als ich vernahm, daß eine Obligation nicht schon mit dem bloßen Versuche der Tilgung erloschen sei, daß eine mora creditoris zwar eventuell recht unangenehme Nachtheile mit sich bringe — z. B. wenn das Dienstmädchen auf dem Heimweg beraubt worden wäre —, daß aber in unserm Falle Bock dem guten Kitz noch immer 400 Mk. schuldig sei."

Das ist klar und verständig. Es gereicht mir auch zu besonderer Befriedigung; denn ich entnehme daraus, daß bereits jetzt der Erfolg sich zu verwirklichen beginnt, den ich nach einer gewissen Richtung hin von unserm Zusammensein erhoffte. Ich sagte Ihnen, daß es mir unter Anderem darauf ankäme, zum nutzbringenden Besuche der systematischen Vorlesungen anzuregen. Einen Fall, in welchem eine solche Wechselbeziehung zur That wurde, schon innerhalb dieses Semesters zu erleben, das übertrifft durchaus meine Erwartungen. Hier haben wir einen solchen Fall vor Augen. Unser Hörer der Pandekten ist durch den ihm vorliegenden Streit des Bäckers Kitz gegen den Schuhmacher Bock angespornt worden, der Entwicklung, die ihm seine Pandektenvorlesung über die Aufhebung der Obligationen brachte, besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden. An der Hand unseres Falles hat sich ihm dann der Satz eingeprägt, daß die Weigerung der Zahlungsannahme für sich allein genommen noch keine Lösung der Zahlungsverbindlichkeit bedeuten kann. Demzufolge wird er nie in den Fehler verfallen, in den ich als Referendar verfallen bin; sein juristischer Blick ist durch die heute erörterten Fragen und durch das, was die Pandektenvorlesung hinzu gefügt hat, für alle Zeiten geschärft, den Unterschied zu beachten zwischen einer Annahmeweigerung, die nur eine mora accipiendi enthält, und einer Annahmeweigerung, die einen Forderungserlaß enthält. Es hat Jemand gegen die von mir empfohlene Methode, durch Aufdeckung häufiger und naheliegender Fehler zu belehren, um vor diesen Fehlern zu

schützen, den Einwand erheben wollen, es sei pädagogisch unrichtig, dem Schüler Fehler vorzuführen; das trage die Gefahr in sich, den Schüler zu verwirren; da das Gehörte doch nicht unbedingt im Gedächtniß hafte, so wisse schließlich der Schüler nicht mehr, ob nicht etwa der Fehler nach Meinung des Lehrers das Richtige und ob nicht etwa das Richtige den Fehler darstelle; man denke nur, was entstehen würde, wenn ein Sprachlehrer mit fehlerhaften Paradigmen und Exerzitien operiren wolle; welcher Schüler würde bei einem solchen Verfahren die richtige Form nicht öfter mit der falschen verwechseln? Der Einwand dürfte schwerlich zutreffen und das Beispiel schwerlich passen. Wie kann man Gedächtnißfehler — um solche allein handelt es sich beim Erlernen sprachlicher Bildungen — mit Verstandsfehlern, mit Fehlern des Rechtsgefühls und Fehlern der Logik in Vergleich stellen? Für uns handelt es sich nur um die letztern Arten von Fehlern. Wer einmal mit seinem juristischen Denken erfaßt hat, daß die bloße Weigerung, eine Zahlung anzunehmen, nicht den Willen zum Ausdruck bringt, auf die Zahlung überhaupt zu verzichten, wer einmal erfaßt hat, daß das bloße Leugnen einer Negative im Prozesse als ungenügende Erklärung zu behandeln ist, oder daß eine Kaufklage auf den angemessenen Preis der Behauptung mangelnder Preisabrede bedarf, oder wie die andern von uns aus der Natur der Sache hergeleiteten Sätze heißen mögen, der müßte doch geradezu aus einem verständigen Menschen ein unverständiger werden, wenn er je dazu gelangen könnte anzunehmen, es seien ihm hier jene Sätze als fehlerhaft und ihr Gegentheil als richtig gelehrt worden. Dieser Tage schreibt mir ein Freund, der ähnliche Uebungen, wie wir sie treiben, anderwärts eingerichtet hat: „Ich gebe mir möglichste Mühe den Zuhörern zu zeigen, wie man die Sachen nicht behandeln soll, und ich hoffe, daß sie dabei Manches lernen; ich habe Akten zur schriftlichen Bearbeitung und demnächst zum mündlichen Vortrag ausgetheilt, und daran knüpfe ich meine Bemerkungen; je verkehrter das betreffende Gericht die Sache behandelt hat, desto besser eignet sie sich.“ So ist auch meine Meinung; jener Einwand macht mich darin keinen Augenblick irre.

Doch kehren wir nach dieser Abschweifung zu unserem Falle zurück. Als Resultat ergäbe sich für ihn nach den gemachten Ausführungen, daß — wenn wir nach gemeinem Rechte urtheilen — der Beklagte jedenfalls zur Zahlung des Hauptgeldes zu verurtheilen ist.

Wie steht es aber mit den Zinsen und Kosten? Das Darlehn war zinslos gegeben, natürlich nur bis zum Fälligkeitstermin zinslos. Mit Eintritt der Fälligkeit kam der Beklagte in Verzug und wurde nach allgemeiner Rechtsvorschrift schuldig, Verzugszinsen zu zahlen. Von wann datirt der Verzug? Der Beklagte hat am 18. Februar reell angeboten. Damals gerieth er also nicht in Verzug, im Gegentheil, es setzte sich der Kläger durch seine Weigerung in Annahmeverzug. Solange der Annahmeverzug des Klägers dauerte, blieb der Beklagte außer Zahlungsverzug. Der Annahmeverzug des Klägers aber endigte mit dem Tage, an dem er den Beklagten zur Zahlung aufforderte. Mit diesem Tage begann des Beklagten Zahlungsverzug. Ueber den Tag der Ankunft des klägerischen Mahnbriefes fehlt, wie wir sahen,[1] eine Angabe. Nehmen wir als diesen Tag — rechtzeitige Absendung und Ankunft des Mahnbriefes vorausgesetzt — den 3. März an, so würde Kläger zu erweisen haben, daß der Brief am 3. März 1892 in des Beklagten Händen war. Gelingt der Beweis, so hätte Beklagter Zinsen zu 5 pCt. vom 3. März an zu zahlen, gelingt der Beweis nicht, dann wären die Zinsen vom Tage der Klagzustellung an zu zahlen.

Bei Fassung der Urtheilsformel ist, wenn man zu einem Eide kommt, die Regel zu beachten, daß diejenigen Punkte, bezüglich deren endlich erkannt werden kann, voranzustellen sind, und daß dann erst der Eid zu folgen hat.[2] Dieser Regel wird häufig entgegengehandelt. Auch eine der heutigen Arbeiten legt zunächst einen Eid über die Mahnung vom 1. März auf und fährt fort: „Wird der Eid geschworen, so wird Beklagter verurtheilt, 400 Mk. nebst Zinsen vom 1. März 1892 zu zahlen und die Kosten des Prozesses zu tragen; wird der Eid nicht geschworen, so wird Beklagter zur Zahlung von 400 Mk. nebst Zinsen von der Klagzustellung an und zur Kostentragung verurtheilt". Es ist aber wider die Logik, daß als Bedingung der Verurtheilung, 400 Mk. zu zahlen und die Prozeßkosten zu tragen, einmal die Eidesleistung und dann wieder die Eidesnichtleistung hingestellt wird.[3] Gerade weil Beklagter die 400 Mk. zahlen und die Kosten tragen soll, mag der Eid geschworen oder mag er

[1]) Siehe oben S. 328. — [2]) Siehe oben S. 101.

[3]) Sollte, wer diesen Fehler wider die Logik einmal begriffen hat, später wohl je in den Irrthum verfallen können, es entspräche der Logik, so zu verfahren, wie die kritisirte Arbeit verfahren hat? Vergl. den Einwand S. 330 a. E.

verweigert werden, muß diese Verurtheilung bedingungslos ausgesprochen werden. Sie muß auch in der Urtheilsformel voranstehen, und dann erst hat der — nur für die Zinspflicht erhebliche — Eid zu folgen. Diese Zinspflicht ist, soweit es sich um die seit der Klagzustellung laufenden Zinsen handelt, ebenfalls unabhängig vom Eide; denn, wenn nicht früher, ist sicher durch die Klagerhebung der Beklagte in Zahlungsverzug gesetzt und deshalb zur Entrichtung von Verzugszinsen seit der Klagerhebung verpflichtet; von der Eidesleistung hängt nur ab, ob er auch vom 2. März 1892 bis zum Tage der Klagzustellung Zinsen zu zahlen hat. Es erleichtert für die Parteien außerordentlich das Verständniß des Eides, wenn ihnen das Urtheil mit aller Schärfe sagt, was von der Eidesleistung oder der Eidesweigerung abhängt. Die Gestaltung der Urtheilsformel bei kombinirtem End- und Eideserkenntniß darf aber nicht etwa Einfluß äußern auf die Anordnung der Entscheidungsgründe, wie bei einer der gelieferten Arbeiten geschehen ist. Diese Arbeit läßt die Entscheidungsgründe statt mit der Prüfung des Hauptanspruchs mit denjenigen Ausführungen beginnen, die sich auf die alsbald endlich zu erledigenden Punkte beziehen. Dadurch wird das Verständniß der Entscheidungsgründe beeinträchtigt.

Von den Kosten muß ein Theil dann dem Kläger zur Last fallen, wenn die Klagbehauptung, er habe den Beklagten am 3. März 1892 gemahnt, sich nicht bewahrheitet; denn in diesem Falle war das ganze Beweisverfahren und die in Folge dessen erhebliche Kostenvermehrung durch eine unrichtige Behauptung des Klägers entstanden. Also die Vertheilung der Kostenlast ist gleichfalls von dem auferlegten Eide abhängig. Mehrere der eingereichten Arbeiten meinen, der Kläger habe, wenn die Mahnung am 3. März nicht erfolgt sei, die sämmtlichen Kosten zu tragen; Beklagter erkenne ja den Anspruch des Klägers an; folglich fehle eine genügende Veranlassung zur Klage. Dem liegt ein arges Mißverständniß zu Grunde, ein Mißverständniß, das auch in der Praxis begegnet. Die Erklärung Bock's, es sei richtig, daß Kitz ihm 400 Mk., rückzahlbar am 18. Februar, dargeliehen habe, ist nichts weniger als ein „Anerkenntniß des klägerischen Anspruchs" im Sinne der §§ 89, 146, 278 C.P.O. Bock läßt vorausgehen, er beantrage Klagabweisung, und er fügt hinzu, er habe das Geld baar hingegeben, und Kitz habe die Annahme verweigert; deshalb fehle jeder Grund zur Klagerhebung.

Bock will also die Begründung des Klaganspruchs anfechten, keineswegs sie einräumen. Nur dann liegt ein Anerkenntniß vor, wenn sich die Erklärung des Beklagten dahin übersetzen läßt: „gegen meine Verurtheilung habe ich nichts einzuwenden". Vorliegend hat aber Bock gegen seine Verurtheilung sehr viel einzuwenden. Aehnlich lag die Sache in dem Falle Kotz gegen Bleider, in welchem die Beklagte erklärte, der erhobene Anspruch rühre aus Viehhändeln her; sei aber verjährt.[1]) Auch in dieser Erklärung sah eine der gelieferten Arbeiten irrigerweise ein Anerkenntniß des Anspruchs; der Wille des Beklagten ging indeß auf Abweisung des Klägers, nicht auf Zuerkennung der Klagsumme. Von einer Pflicht des Klägers zur Kostentragung kann also vorliegend keine Rede sein: wäre Bock auch vor der Klagzustellung nicht durch Mahnung in Verzug gesetzt, so müßte er doch die Kosten tragen für den Fall, daß er den Prozeß in der Hauptsache verliert; denn er hat im Prozesse sich geweigert zu zahlen; er ist mithin kein Solcher, „der den Anspruch des Klägers sofort anerkennt" (§ 89 C.P.O.).

Nach A.L.R. gewinnt die Sache ein wesentlich anderes Gesicht durch die eigenthümliche Vorschrift des § 729 Thl. I Tit. 11, daß alle Verabredungen eines Darlehnsvertrags, die von den gesetzlichen Bedingungen abweichen, schriftlich niedergelegt werden müssen. Daraus ergiebt sich, daß vorliegend die Verabredung, am 18. Februar solle das Darlehn rückzahlbar sein, unverbindlich ist; es fehlt ihr die Schriftform. Darlehn, die mehr als 150 Mk. betragen, unterliegen nach dem Gesetze einer beiderseitigen dreimonatlichen Kündigung.[2]) Also keinenfalls würde der Beklagte vom 18. Februar 1892 an zinspflichtig sein. Es käme die Kündigung durch Brief des Klägers vom 1. März in Frage; drei Monate danach, also Anfang Juni, würden die 400 Mk. zurückzuzahlen gewesen sein. Zwar enthielt der Brief die Aufforderung, sofort — nicht etwa erst nach drei Monaten — zu zahlen; aber, da die Aufforderung, sofort zu zahlen, ungerechtfertigt war, wirkte der Brief mindestens doch als Aufforderung, nach drei Monaten zu zahlen, d. h. er enthielt die gesetzliche dreimonatliche Kündigung Seitens des Klägers. Das haben auch sämmtliche Arbeiten, die diesen Punkt berühren, richtig erkannt. Die nämlichen Arbeiten folgern indeß weiter: da der Schuldner auch seiner-

[1]) Siehe oben S. 305. — [2]) §§ 761, 762 A.L.R. Thl. I Tit. 11.

seits kündigen kann, so liegt in dem Angebot des Geldes vom 18. Februar eine Kündigung auch Seitens des Beklagten, und das Darlehn wurde am 18. Mai (nicht erst im Juni) fällig; vom 18. Mai läuft daher die Zinspflicht des Beklagten. Die große Mehrzahl von Ihnen wird wohl fühlen, daß diese Deduktion nicht der wirklichen Sachlage entspricht. Was hat Bock gewollt, als er die 400 Mk. dem Kitz am 18. Februar zusandte? Hat er etwa zum Ausdruck bringen wollen, auf jeden Fall die 400 Mk. und die seiner Meinung nach vom 18. Februar beginnende Zinspflicht los zu sein, wenn nicht am 18. Februar, mindestens am 18. Mai? Näher liegt es doch anzunehmen, Bock ging davon aus, die Verabredung, am 18. Februar 1892 werde das Darlehn fällig, sei giltig, und deshalb müsse er das Darlehn am 18. Februar zurückzahlen. Die Absicht, durch das Zahlungsangebot, das Darlehn zum 18. Mai zu kündigen, lag ihm fern. In seiner Handlungsweise wird man darum eine Kündigung nicht sehen können.

Lediglich der Kläger hat gekündigt, und zwar durch den Brief vom 1. März 1892; drei Monate nach Empfang dieses Briefes hat der Beklagte die 400 Mk. zurückzuzahlen und, wenn er die Zahlung verzögert, 5 pCt. Zinsen zu entrichten.

Untersuchen wir nun noch, wie die Sache nach A.L.R. zu beurtheilen wäre, wenn in der Verhandlung mit dem Dienstmädchen eine Verzichtserklärung des Klägers läge. Das A.L.R. verlangt, damit Entsagungen rechtswirksam sind, schriftliche Form.[1]) Diese Form fehlt hier. Außerdem verlangt das A.L.R., damit ein Entsagungs- oder Erlaß-Vertrag zu Stande komme, „ausdrückliche oder durch Handlungen erklärte Annahme.“[2]) Auch an einer solchen Annahme fehlt es. Also nach A.L.R. ist ebensowenig wie nach gemeinem Rechte eine begründete Einrede des Verzichts in der Klagbeantwortung zu finden.

Endlich ist auch mit einem Worte der Code civil zu berücksichtigen, zumal eine der Arbeiten sagt, er stände insofern dem A.L.R. gleich, als er für Verträge, deren Gegenstand 150 Frcs. übersteige, Schriftlichkeit verlange. Nur scheinbar stimmen in diesem Punkte das A.L.R. und der Code überein. Der Code verlangt bezüglich

[1]) § 134 Thl. I Tit. 5.

[2]) § 388 A.L.R. Thl. I Tit. 16 vergl. mit § 1058 Thl. I Tit. 11.

aller Gegenstände, welche die Summe oder den Werth von 150 Frcs. übersteigen, die Aufnahme einer Urkunde und schließt den Zeugenbeweis aus. Das A.L.R. schreibt vor, daß jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Thaler beläuft, schriftlich errichtet werden muß.[1])

Das ist ein wesentlicher Unterschied. Und dieser Unterschied tritt gerade seit Geltung der C.P.O. vorzugsweise in die Erscheinung. Nach dem A.L.R. sind Verträge, die ohne die erforderliche Beurkundung abgeschlossen werden, rechtsunwirksam, nach dem Code bedürfen sie nur eines anderen Beweises als durch Zeugen; sie können also z. B. durch Eid bewiesen werden, sind also an sich rechtswirksam. Landrecht wie Code haben zwar die gemeinsame Tendenz, das Publikum zu veranlassen, seine wichtigeren Verträge schriftlich abzuschließen. Der Beweggrund dieser Tendenz ist aber in beiden Rechten ein verschiedener. Das A.L.R. trug sich mit der Hoffnung, durch die Einführung der Schriftform die Prozesse zu mindern; es schloß sich an ein Stempeledikt vom 13. Mai 1768 an, das für Kauf-, Pacht- und Miethverträge bei Meidung der Ungültigkeit des Vertrags die Schriftform verlangte, wenn der Kaufpreis oder der jährliche Pachtpreis 50 Thaler überstieg[2]). Der Code wollte dem Mißbrauch entgegentreten, sich falsche Zeugen zu verschaffen, und schloß sich an königliche Ordonnanzen der Jahre 1566 und 1667 an.[3]) Die Folge dieser verschiedenen Auffassung des Zweckes der vom Gesetzgeber eingeführten Beurkundung war, daß — wie man es kurz auszudrücken pflegt — das A.L.R. eine „Formvorschrift", der Code aber eine „Beweisvorschrift" aufnahm. Von der C.P.O. sind die für die Gültigkeit von Verträgen gegebenen Formvorschriften unberührt geblieben; mithin bedürfen im Landrechtsgebiet nach wie vor die Verträge, deren Gegenstand über 50 Thaler beträgt, der Beurkundung, um gültig zu sein. Dagegen sind von der C.P.O. gemeinsame Beweisvorschriften für das ganze deutsche Reich gegeben, also die entgegenstehenden Vorschriften der einzelnen Landestheile und damit die besonderen „Beweisvorschriften" des Code aufgehoben. Das bedeutet für unseren Fall: wer im Gebiete des A.L.R. Verabredungen über Rückzahlung,

---

[1]) C. c. art. 1341 ff., § 131 ff. A.L.R. Thl. I Tit. 5.

[2]) Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung Bd. 2 S. 248.

[3]) Touillier, le droit civil français. Bruxelles 1837. tom. V p. 10 (liv. III tit. III).

Kündigung, Verzinsung eines Darlehns von 400 Mk. rechtswirksam treffen will, hat — wenn es sich nicht um ein Handelsgeschäft handelt — auch heute noch die Schriftform anzuwenden; wer dieselben Verabredungen im Gebiete des rheinisch-französischen Rechts treffen will, steht geradeso, wie derjenige, der solche Verabredungen im Gebiete des gemeinen Rechts treffen will: er leidet keinerlei Nachtheil, wenn er von der Schriftform absieht.

---

Fassen wir zum Schlusse die Rechtssätze zusammen, welche aus unserem Falle sich ableiten lassen:

1. Die Klagbehauptung, der Beklagte sei vergeblich gemahnt worden, ist im Prozesse dann von Erheblichkeit, wenn der Beklagte — die Mahnung bestreitend — sonstigen Widerspruch gegen die Klage nicht erhebt. In solchem Falle hängt vom Beweise der erfolgten Mahnung ab (sofern die Klage begründet ist):

a) die Verurtheilung des Beklagten zu den etwa vom Tage der Mahnung geforderten bis zur Klagzustellung laufenden Verzugszinsen,

b) die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten des Prozesses.

In Fällen, in denen Verzugszinsen vom Tage der angeblichen Mahnung an nicht gefordert werden, ist ein Beweis über die erfolgte Mahnung nicht zu erheben, wenn der Beklagte Einwendungen gegen die Klage geltend macht.

2. In der Formel eines Urtheils, welches theils endlich, theils auf Eidesleistung erkennt, sind diejenigen Punkte voranzustellen, in denen endlich und von der Eidesleistung unabhängig erkannt wird. Es ist zu vermeiden, solche Punkte in diejenigen Theile der Urtheilsformel mitaufzunehmen, welche sich mit den Folgen der Eidesleistung und Eidesverweigerung befassen.

Diese Gestaltung der Urtheilsformel ist aber einflußlos auf die Anordnung des Thatbestandes und auf die sich anschließende Anordnung der Gründe.

3. Verweigerte Annahme einer geschuldeten baar angebotenen Summe begründet nur dann ein Erlöschen der Schuld, wenn die Verweigerung von Thatumständen begleitet ist, welche den Willen eines Schulderlasses beim Weigernden und den Willen, den Schulderlaß anzunehmen, beim Anbietenden erkennbar machen. Fehlen solche Umstände, so ist die verweigerte Zahlungsannahme nicht als

gänzliche, sondern nur als zeitweilige Zurückweisung des angebotenen Betrages (d. h. als Annahmeverzug) aufzufassen.

4. Bei einer Forderung, für welche eine vertragsmäßige oder eine gesetzmäßige Kündigungsfrist besteht, liegt in der verfrühten Mahnung zur Zahlung eine Kündigung Seitens des Gläubigers, nicht aber liegt in dem verfrühten Zahlungsangebot ohne Weiteres eine Kündigung Seitens des Schuldners.

5. Die mündliche Abrede eines Kündigungstermins beim Darlehn ist nach § 729 A.L.R. I. 11 wirkungslos.

6. Das von einem Bäcker einem Schuhmacher gegebene Darlehn ist Handelsgeschäft, es müßte denn dargelegt und im Streitfalle bewiesen werden, daß das Darlehn vom Bäcker außerhalb des Betriebes seines Handelsgewerbes gegeben ist (Artt. 4, 271 Ziffer 1, 273 Abs. 1, 274 Abs. 1 H.G.B.).

# 17.

Der Eindruck, den unsere heutige Vorlage[1]) auf Sie gemacht haben wird, ist voraussichtlich kein gerade erfreulicher gewesen. Sie werden gesagt haben, man wandle durch Dornen und Disteln, ehe man darüber in's Klare komme, was eigentlich Gegenstand des Streites sei. Alles ist so verklausulirt und so versteckt in der Masse von Terminsverhandlungen und Protokollen, daß ein Laie sich gewiß schwer durch das Aktenstück, wie Sie es in Händen haben, hindurchfinden könnte. Noch schwieriger würde es sein, aus den Akten selbst sich zu instruiren; denn Sie müssen wissen, daß die $3\frac{1}{2}$ Seiten unseres Druckblattes einen Auszug aus nicht weniger als 81 Aktenblättern darstellen. Vielen von Ihnen wird die Erinnerung an den Mantelfall Klei gegen Boos[2]) gekommen sein, den wir behandelt haben, und der auch bandwurmartig sich hinzog. Jener Fall hat uns gelehrt, wie man es nicht machen müsse, und dies zu lehren, war ebenso der Zweck bei Auswahl des gegenwärtigen Falles. Der Kernpunkt ist wieder ein außerordentlich einfacher. Es handelt sich darum, daß ein Kaufmann, der eine Biersendung empfangen und zwar — wie das die Regel bildet — in Fässern, diese Fässer nur zum Theil zurückgeliefert hat; vier Fässer soll er noch zurückliefern, jedes Faß „im Werthe von 5 Mk.". Der Streitgegenstand beträgt in Summa 20 Mk. Dieser Prozeß hat sich in nicht weniger als fünfzehn Terminen abgespielt, was Sie allerdings aus dem Druckblatte nicht sehen; denn die verlegten Termine sind weggelassen. In zwei Instanzen ist verhandelt worden; der Prozeß hat zwei Jahre und zwei Monate gedauert, er hat der Klägerin eine Kostenlast von 70 Mk. aufgebürdet und ist damit zu Ende gegangen, daß die Klägerin erfährt, sie bekomme ihre Fässer nicht

[1]) Siehe Beilageheft S. 23—28.

[2]) Siehe oben S. 60 bis 228.

wieder. Das Ganze dreht sich in Wahrheit um die eine Frage: Hat Derjenige, der Fässer zurückzuliefern hat, seiner Verbindlichkeit genügt, wenn er die Fässer einem Frachtfuhrmann übergiebt, um sie zur Bahn zu befördern und an den Kläger abzusenden?

Wir beurtheilen zunächst die Klage. Da glauben wir keinen Widerspruch zu erfahren, wenn wir sagen: die Klage ist vom klägerischen Anwalt recht mangelhaft angefertigt. Bei der Uebersendung des Bieres hat natürlich der Bierlieferant eine Rechnung mitgeschickt; darin hat er das Bier aufgeführt und auch die Fässer. Weil es sich aber für den vorliegenden Prozeß nur um die noch nicht zurückgelieferten Fässer handelt, kam es bei Niederschrift der Klage auf den sonstigen Inhalt der Rechnung überhaupt nicht an. Nun wäre es ja erklärlich, daß der klägerische Anwalt, als er die Klage verfaßte, dieser Klage die ursprüngliche Rechnung in ihrem ganzen Umfang beilegt und also die Rechnung unverändert läßt, wie sie war, nämlich mit Aufführung auch der gelieferten Bierquanta. Aber außerordentlich ungeschickt ist es, in der Klagschrift, die hervorheben soll, was der Kläger will, die Sache so darzustellen, als handele es sich nicht blos um die Fässer, sondern auch um das gelieferte Bier, und den Satz hinzuschreiben: „Beklagter kaufte und empfing aus der klägerischen Handlung das in der angeschriebenen Rechnung verzeichnete Bier nebst $^{12}/_4$ Gebinden B.A.B. zum Preise von 60 Mk. für die Summe von 127 Mk. 50 Pf.". Dieser Satz ist so unglücklich stilisirt, daß ihn überhaupt nur mit der größten Mühe Jemand verstehen wird. Die 60 Mk. sollen sich bloß auf die Gebinde beziehen; die ganze Summe von 127 Mk. 50 Pf. enthält diese 60 Mk. noch einmal mit. Dann heißt es weiter: „Hierauf zahlte Beklagter baar 67 Mk. 50 Pf., retournirte $^{8}/_4$ Gebinde B.A.B. im Werthe von 40 Mk., zusammen 107 Mk. 50 Pf. und verschuldet die $^{4}/_4$ Gebinde B.A.B. werth 20 Mk."

Aus welchem Grunde der Kläger berechtigt sei, 20 Mk. für die Fässer zu fordern, ist mit Stillschweigen übergangen. Es steht einfach in der Klage: „Der Beklagte kaufte und empfing vier Fässer werth 20 Mk.". Weshalb ferner der Beklagte verpflichtet sein soll, die vier Fässer *zurückzugeben oder* statt dessen 20 Mk. *zu zahlen*, ist nicht gesagt. Also es fehlt der Klaggrund. Nun findet sich in der Rechnung, die der Klage anliegt, bemerkt: „Oktober 24., per cassa retournirte $^{8}/_4$ Gebinde 40 Mk." Aus diesem Posten kann man allenfalls

errathen, daß der Kläger der Meinung ist, der Beklagte sei berechtigt, die Fässer in Natur zurückzuliefern; mindestens hat die Klägerin acht der Fässer zurückgenommen und zu demselben Preise, den sie für die Fässer angesetzt hatte, sich wieder berechnet. Aber daß nach Klägers Meinung der Beklagte das Recht hat, entweder zu sagen, er behalte die Fässer gegen Zahlung von 20 Mk., oder er schicke sie wieder zurück, davon findet sich kein Wort in der Klage. Wie wird die Sache wohl gewesen sein? Aller Vermuthung nach so: Bei dem Bierhandel ist von den Fässern keine Rede gewesen; es ist nur der Preis des Bieres verabredet; bei Uebersendung des Bieres setzt die Klägerin in der Rechnung 5 Mk. für jedes der zwölf Gebinde an und läßt schließlich dem Beklagten eine Gesammtrechnung zugehen mit der Bemerkung, acht Gebinde seien retournirt, vier restirten, es bleibe danach ein Saldo von 20 Mk. Die Meinung der Klägerin läßt sich somit allerdings dahin auffassen, daß sie die vier Fässer zurückgenommen haben würde, und daß sie die Fässer auch jetzt noch zurücknehmen will; denn sie klagt auf „Herausgabe der Fässer, eventuell auf Zahlung von 20 Mk.“. Aber von einer Verabredung über die Fässer sagt die Klage nichts. Nun würden auch wir wohl annehmen, daß, wenn nichts verabredet, aber in der übersandten Rechnung ein Betrag von je 5 Mk. für die Fässer angesetzt ist, die Klägerin die Fässer je zu 5 Mk. dem Beklagten zum Kaufe offeriren wollte. Ob der Beklagte sie auch leer sollte zurückschicken können, steht dahin; denn davon sagt die mit dem Bier übersandte Rechnung nichts. Wohl aber sagt die jetzige Klagrechnung, daß acht Fässer „retournirt“, also zurückgenommen seien, und die Klagbitte deutet gleichfalls an, daß der Beklagte das Recht der Rücklieferung haben soll; denn es ist zunächst die Herausgabe der Fässer verlangt. Gesetzt der Beklagte hätte die Fässer behalten, das Bier verbraucht, die Rechnung angenommen und nichts erklärt, so läge in seinem Vorgehen die Antwort, daß er für die Fässer je 5 Mk. vergüten wolle. Die Klage würde besser etwa so zu gestalten gewesen sein: „Im Juli und August 1893 empfing der Beklagte von der Klägerin auf käufliche Bestellung eine Quantität Bier in $^{12}/_{4}$ Gebinden. Für jedes Gebind war in der die Sendung begleitenden Faktura der Preis von 5 Mk. angesetzt. Handelsgebrauch bei solchen Bierlieferungen ist, daß der Empfänger entweder die Gebinde zurückzuliefern oder den dafür angesetzten Preis zu zahlen hat. In dieser Weise

ist auch bei früheren Bierlieferungen verfahren, die von der Klägerin dem Beklagten gemacht worden sind. Von den 12 Gebinden hat Beklagter 8 Gebinde zurückgesandt, 4 behalten.

Beweis: Eideszuschiebung und betreffs der Angemessenheit des Preises der Gebinde Kaufmann Z. zu X. als sachverständiger Zeuge.

Mahnung war vergeblich. Hiernach werde ich beantragen:

Beklagten zur Herausgabe der 4 Gebinde oder zur Zahlung von 20 Mk. und in die Prozeßkosten zu verurtheilen, auch das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären."

Zwischen dieser Klage und der Klage, die Sie vor sich haben, ist sachlich ein wesentlicher Unterschied, der Ihnen vielleicht entgangen ist; er betrifft nur ein Wort: nämlich das Wort „oder" statt des Wortes „eventuell" in der Klagbitte. Wenn ein Kläger fordert, der Beklagte solle „vier Fässer herausgeben oder 20 Mk. zahlen", so ist das etwas ganz Anderes, als wenn er beantragt, der Beklagte solle „vier Fässer herausgeben, eventuell 20 Mk. zahlen". Das kann nicht genug beachtet werden und wird in der Praxis sehr häufig nicht gehörig beachtet. Es handelt sich um den Unterschied einer alternativen und einer eventuellen Klagbitte. Eine alternative Bitte ist immer eine solche, die im Interesse des Beklagten günstiger ist als eine Bitte, die nur eine der Alternativen verlangt. Also wer verlangt, „vier Fässer herauszugeben oder 20 Mk. zu zahlen", verlangt weniger als derjenige, welcher sich einerseits auf das Verlangen der Herausgabe der Fässer, andrerseits auf das Verlangen der Zahlung von 20 Mk. beschränkt; die alternative Bitte ist eine minuspetitio im Verhältniß zu der ausschließlich auf eine Leistung gerichteten Bitte. Mannigfach begegnet man bei Prüfung alternativer Klagbitten einer Ausführung, die dahin geht: „Die erste Alternative ist nach der Darstellung des Klägers begründet, die zweite ist nicht begründet; es fehlt in der Klage der genügende thatsächliche Anhalt, daß der Kläger einen Anspruch auf diese zweite Alternative hat, folglich muß die auf die zweite Alternative gerichtete Bitte als unbegründet abgewiesen werden". Denken Sie sich: der Kläger hat ein Pferd zu fordern, wäre er dann so sonderbar, daß er klagt auf Lieferung eines Pferdes oder eines Esels, so hat das Gericht dagegen nicht anzukämpfen. Was geht es das Gericht an, wenn der Kläger dem Beklagten die Befugniß einräumen will, einen Esel statt eines Pferdes zu liefern?

Das ist ein Wahlrecht, welches der Kläger, ohne dazu verpflichtet zu sein, dem Beklagten zugesteht; das Gericht kann es nicht hindern. Anders wenn ein Pferd, eventuell ein Esel, oder wenn vier Fässer, eventuell 20 Mk. eingeklagt werden. Während die alternative Klagbitte bedeutet: „nach seiner Wahl darf der Beklagte mir die vier Fässer geben, oder er darf mir 20 Mk. zahlen", bedeutet die eventuelle Klagbitte: „in erster Linie verlange ich die vier Fässer, nur wenn ich mit dieser Bitte nicht durchdringen kann, mache ich alsbald geltend: der Werth der Fässer beträgt 20 Mk., folglich bin ich eventuell in der Lage, 20 Mk. zu fordern". Eine solche eventuelle Klage ist ein Mittel, einen zweiten Prozeß zu vermeiden. Wird in dem durch eine primäre und eine eventuelle Klagbitte eingeleiteten Prozesse festgestellt, daß der Werth der Fässer sich auf 20 Mk. beläuft, und ergiebt sich in demselben Prozesse, daß die Fässer in Natur nicht herausgegeben werden können, so ist die Möglichkeit eröffnet, den Beklagten alsbald zur Zahlung von 20 Mk. zu verurtheilen, und die Exekution kann schon in diesem Prozesse auf die Zahlung der 20 Mk. gerichtet werden. Es ist eine Streitfrage, ob überhaupt je eventuelle Klagen zulässig seien, d. h. ob ein Kläger sagen könne: „wenn sich in diesem Prozesse ergiebt, daß meine erste Klagbitte nicht begründet ist, dann will ich hiermit alsbald eine zweite Bitte gestellt haben".[1]) Die Schwierigkeit ist immer, welches die Bedingung ist, unter der die eventuelle Klage als erhoben gelten soll, und wann diese Bedingung als eingetreten gilt. Auf das Nähere gehe ich hier nicht ein. Uns genügt, daß die Praxis bei Ansprüchen auf Herausgabe körperlicher Sachen immer die eventuelle Einklagung des etwaigen Werthes zuläßt. Wie aber, wenn bei einer solchen hier vorliegenden Klage auf Herausgabe von vier Fässern, eventuell auf Zahlung von 20 Mk. der Beklagte sagt: „Ich besitze die Fässer nicht mehr, ich bin also nicht in der Lage, sie zurückzuliefern; folglich kommt die primäre Klagbitte nicht in Betracht; denn du hast die Fässer gefordert, wenn ich sie noch habe; da dies nicht der Fall, konzentrirt sich die Klage auf die eventuell begehrte Zahlung". Hat dann, wenn der Kläger dem gegenüber behauptet, der Beklagte besitze ungeachtet seiner gegentheiligen Erklärung die Fässer noch, ein

[1]) Lämmert in der Ztschr. für Deutschen Civilprozeß Bd. 16 S. 428 ff., Petersen das. Bd. 16 S. 492 ff. Vergl. auch Eccius, Preuß. Privatrecht 6. Aufl. Bd. 1 S. 251.

Beweisverfahren darüber stattzufinden, ob die Fässer im Besitze des Beklagten sind? Man könnte nach den allgemeinen Regeln des Prozesses dazu kommen, die Frage zu bejahen. Das wäre aber unpraktisch. Gesetzt nämlich, es gelänge dem Kläger, im Prozesse zu beweisen, daß die Fässer zur Zeit der Klagzustellung im Besitze des Beklagten sich befanden, so ist ja jeden Augenblick der Beklagte in der Lage, sich der Fässer zu entäußern, und der geführte Beweis könnte dem Kläger nichts helfen; denn entäußert sich der Beklagte der Fässer, so verwandelt sich die Klage doch in die Werthersatzklage. Also es würde wenig nützen, darüber, ob zur Zeit der Klagzustellung oder ob etwa gar zur Zeit der Beweisaufnahme der Beklagte im Besitze der Fässer sei, ein Beweisverfahren zu eröffnen. Deshalb faßt man solche eventuelle Klagen mit Recht dahin auf: daß die vom Kläger gesetzte Bedingung (der eventus) nicht der Besitz des Beklagten zur Zeit der Klag- oder der Beweiserhebung ist, sondern sein Besitz zur Zeit der Zwangsvollstreckung. Mit anderen Worten: die Frage, ob die Sache beim Beklagten noch in Natur vorhanden ist, bleibt der Feststellung in der Zwangsvollstreckungsinstanz überlassen: das Gericht verurtheilt den Beklagten zur Herausgabe der Sache, „eventuell zur Zahlung des im Prozesse festgestellten Werthes“ in dem Sinne, daß der Vollstreckungsauftrag des Gläubigers den Gerichtsvollzieher verpflichtet, zunächst den Versuch zu machen, die Sache in Natur zu pfänden, eventuell aber (wenn er sie nicht vorfindet) den im Erkenntniß angegebenen Geldbetrag beizutreiben.

Vorliegend hat der klagende Anwalt „eventuell“ statt „oder“ gesetzt; er kennt den Unterschied der beiden Ausdrücke nicht. Daß eine alternative und keine eventuelle Bitte zu stellen war, ergiebt sich aus der Rechnung, die der Klage angeschrieben ist. Darin ist die Rede von zwölf, je zu 5 Mk. angesetzten und von acht „retournirten“ zu 40 Mk. gutgeschriebenen Gebinden. Das kann im Sinne des Klägers nur heißen, Beklagter habe das Wahlrecht zu retourniren oder zu zahlen. Dem entspricht es nicht, wenn primär auf Herausgabe, „eventuell“ auf Zahlung geklagt wird; es mußte auf Herausgabe „oder“ auf Zahlung geklagt werden.

Nun fragen wir: Was wendet der Beklagte dieser alternativen Klagbitte gegenüber ein? Der Beklagte ist nicht vertreten durch einen Anwalt. Also hat der Richter die Funktion, des Beklagten Rechte zu wahren und ordnungsmäßig dasjenige aus dem Beklagten

herauszufragen, was zu dessen Vertheidigung dient. Der Beklagte sagt, er habe die Fässer durch den Fuhrmann X. zur Beförderung an die Station Y. übergeben, und weiter sagt er noch, die Fässer habe die Klägerin erhalten. Am Terminsprotokoll finde ich auszusetzen, daß wohl die erstere, nicht aber die letztere Behauptung des Beklagten aufgenommen ist; denn das Protokoll sagt: „Es schiebt der Beklagte der Klägerin den Eid darüber zu, daß sie die vier Tonnen erhalten hat“. Korrekt muß es heißen: Der Beklagte behauptet, daß Klägerin die vier Tonnen erhalten hat und schiebt ihr darüber den Eid zu. Während also hier ein Beweisantritt ohne die zu Grunde liegende Parteibehauptung protokollirt ist, fehlt bezüglich der ersteren Behauptung, daß der Beklagte die Fässer dem Fuhrmann X. übergeben habe, der Beweisantritt. Das Protokoll leidet an Mängeln. Der Richter, der dabei mitgewirkt hat, mußte sich ferner bei Niederschrift des Protokolles alsbald klar machen, welche der Behauptungen des Beklagten für den Ausgang des Rechtsstreits von Bedeutung seien. Kommt es darauf an, daß Beklagter nöthigenfalls beweist, er habe dem Fuhrmann die Fässer übergeben, oder sie seien auf die Bahn gelangt, oder sie seien dem Kläger zugeliefert? Darüber hat sich der Richter nicht schlüssig gemacht; denn, nachdem der Vertreter der Klägerin gesagt hat: „ich kann mich über den Eid (daß Klägerin die vier Tonnen erhalten) nicht erklären“, setzt der Richter einen andern Termin an, weil der klägerische Vertreter zur Erklärung auf den zugeschobenen Eid außer Stande ist. Wäre der Richter der Meinung gewesen, schon die erste oder die zweite der drei Behauptungen des Beklagten begründe dessen Einrede und die dritte Behauptung sei unerheblich, so hatte der Richter keinen weiteren Termin anzusetzen, sondern über die zwei ersteren Thatsachen weiter verhandeln zu lassen und den Beklagten zum Beweisantritt aufzufordern.

Dies führt uns zu der entscheidenden Rechtsfrage, die in der Klagbeantwortung vom Beklagten schon angedeutet ist; denn der Beklagte beruft sich zunächst darauf, er habe die Fässer durch einen Fuhrmann zur Bahn gesandt; dann fügt er noch hinzu, die Fässer seien auch beim Kläger eingetroffen.

Genügt es nun, daß die Fässer ordnungsmäßig abgesandt sind, oder kommt es, um den Beklagten von seiner Haftpflicht zu befreien, darauf an, daß die Fässer in die Hände des Klägers gekommen sind?

Zunächst müssen wir feststellen, auf welchem Vertrage die Haft-

pflicht des Beklagten beruht. Das Bier ist durch Kauf auf den Beklagten übergegangen. Die Herren, deren Arbeiten ich durchgesehen habe, sind zu der Ansicht gekommen, daß neben dem über das Bier geschlossenen Kaufvertrag ein Leihvertrag in Betreff der Fässer hergehe; folglich kämen die Grundsätze über die Leihe in Betracht, und es frage sich, wofür der Beklagte als Leiher zu haften habe. Es wird auch weiter ausgeführt: Wäre ein gewisser Betrag für die Benutzung der Fässer zu zahlen gewesen, so läge eine Miethe vor. Ich glaube, die Auffassung muß eine andere sein. Es kommen bei einer ganzen Reihe von Verträgen häufig Nebenvereinbarungen, sogenannte pacta adiecta vor, die andere Dinge zum Gegenstand haben, als die an sich im Hauptvertrage liegenden Rechte und Verbindlichkeiten. Wenn bei einem Bierhandel weiter stipulirt wird, die Fässer, in denen das Bier dem Käufer zugehe, könne er zurückgeben oder gegen einen angesetzten Preis behalten, so ist das immerhin eine Abrede in einem Kaufvertrag, und die Verbindlichkeiten, die auf solchen pactis adiectis beruhen, werden richtigerweise mit der Klage aus dem Hauptvertrage geltend gemacht. „Pacta adiecta contractui inesse videntur," pflegten die Römer zu sagen. Es wäre sehr eigenthümlich, wenn man Verhandlungen, die zwischen zwei Parteien gelegentlich eines Bierkaufs stattgefunden haben und mit diesem Kaufe im engsten Zusammenhange stehen, rechtlich als mehrere einzelne Verträge aufzufassen hätte, die mehrere Klagen verschiedenster Art hervorbrächten. So ist z. B. in den römischen Quellen direkt ausgesprochen, daß, wenn Käufer und Verkäufer nach vollzogenem Kaufvertrag verabreden, der Kauf solle aufgehoben und die Waare solle zurückgeliefert werden, die actio venditi es sei, mit welcher auf Rückgabe der Waare geklagt werden müsse,[1]) obwohl das regelmäßige Ziel dieser Klage die Zahlung des Kaufpreises ist. Demgemäß klagt auch unser Kläger die Fässer oder deren Preis mit der actio venditi ein. Die Verjährung des Anspruchs auf die Fässer nimmt dann denselben Gang, wie die des Hauptanspruchs. Daraus ergiebt sich, daß der Beklagte für Rücklieferung oder für Bezahlung der Fässer aus dem Kaufvertrag haftet. Wir haben also einfach die Gesetze des H.G.B. anzuwenden; das sagt allgemein, der Verpflichtete

---

[1]) l. 4 pr. D. d. lege comm. 18, 3. Eine analoge Frage behandelt das Reichsgerichtsurtheil im Justiz-Min.Bl. 1894 S. 108.

habe bei Handelsgeschäften für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen (Art. 282). Und bei dem Kaufe wird noch besonders gesagt: „Nach Uebergabe der Waare an den . . . Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird" (Art. 345). Im Hinblick auf diese Bestimmungen scheint es das Natürlichste, daß man das Vertragsverhältniß unserer beiden Kontrahenten dahin auffaßt, der Empfänger des Bieres sollte verpflichtet sein, die Fässer, wenn er sie nicht bezahlen wollte, zurückzusenden, d. h. nicht dafür einzustehen, daß die Fässer richtig in des Klägers Hände kamen, sondern nur dafür, daß sie einem ordnungsmäßig ausgewählten Fuhrmann oder der Bahn übergeben wurden. Da der Beklagte vorliegend sich keiner culpa in eligendo, keines Versehens bei Auswahl des Transportanten schuldig gemacht hat, so hat er seine Verbindlichkeit erfüllt, und wenn die Fässer nicht angekommen sind, so mag der Kläger sich an den Transportanten oder an die Bahn halten; aber er kann nicht den Beklagten dafür haftbar machen, daß die Fässer etwa noch nicht angekommen sind. Diese Meinung vertreten auch drei der gelieferten Arbeiten, nur eine derselben kommt auf Grund des unterstellten Leihvertrages zu dem Resultat, es müsse ein Eid geschworen werden, daß die Fässer auch wirklich angekommen seien, es genüge die Absendung nicht.

Hiernach ist das Urtheil, welches die erste Instanz gegeben hat, zu billigen, aber nicht die Motivirung. Es war die Pflicht des Richters, in seinen Gründen den Parteien klar und deutlich auseinanderzusetzen, daß der Beklagte seine Schuldigkeit vollständig erfüllt hat, wenn er einem ordnungsmäßig ausgewählten Fuhrmann oder wenn er der Bahn die Fässer übergab. Daß vorliegend der Fuhrmann ordnungswidrig ausgewählt gewesen sei, hat der Kläger nicht geltend gemacht. Man könnte fragen, wen in dieser Beziehung die Behauptungspflicht trifft: Muß der Beklagte darlegen, daß es ein ordnungsmäßig gewählter Transportant war, oder ist es Sache des Klägers, das Gegentheil zu behaupten und nöthigenfalls zu beweisen? Da der Beklagte sagt: „Ich habe einem Fuhrhalter und durch ihn der Bahn die Fässer eingehändigt," so hat er damit seiner Substanziirungspflicht genug gethan. In seinem Vorbringen liegt aber eine doppelte Schutzbehauptung: er hat seine Pflicht erfüllt, sowohl wenn er die Fässer einem Fuhrmann, als wenn er

sie der Bahn anvertraute. Ebenso hat er selbstverständlich seine Pflicht erfüllt, wenn die Fässer wieder in die Hände des Klägers gelangt sind, gleichviel durch welchen Transportanten und auf welchem Wege. Gesetzt, der Kläger habe das gesammte Vorbringen des Beklagten geleugnet — wie es nach dem nicht scharf gefaßten Terminprotokoll vom 30. Mai anzunehmen ist — so ergaben sich für den Beklagten drei in alternativem Verhältnisse stehende Beweissätze: 1. daß er die Fässer einem Fuhrhalter übergeben, oder 2. daß er die Fässer an die Bahn geliefert, oder 3. daß der Kläger die Fässer zurückempfangen habe. Statt dessen erhebt das Gericht über die (alle drei Beweissätze in sich fassende) unklare Behauptung Beweis: „daß der Beklagte die vier Fässer im Herbst 1883 der klägerischen Handlung zurückgesandt habe". Soll damit gemeint sein, die Abgabe der Fässer an irgend Jemanden behufs Rücksendung genüge, oder soll verlangt werden, daß die Ankunft der Fässer beim Kläger darzuthun sei? Der vernommene Faktor des Beklagten sagt aus, er habe die vier Fässer dem Fuhrmann P. zur Beförderung an die Bahn übergeben. Hätte nun das Gericht mit gehöriger Bestimmtheit in seinem Urtheil ausgeführt, weshalb die Ueberlieferung der Fässer an den Fuhrmann den Beklagten von seiner Verbindlichkeit befreie, so wäre vielleicht eine Berufung vermieden worden. Statt dessen begnügt sich das Gericht damit, einfach den Satz auszusprechen, Beklagter habe mit der Uebergabe an den Frachtfuhrmann seine Verpflichtung erfüllt. Ferner ist an den Gründen zu tadeln, daß sie mit der Zeugenaussage beginnen.[1])

In der Berufungsinstanz, die vom Kläger beschritten ist, hat der Anwalt sich auch nicht vollständig den entscheidenden Gesichtspunkt klar gemacht; denn er vertritt die Ansicht, der Beklagte müsse dafür sorgen, daß die Fässer beim Kläger anlangten. Er sagt ferner, es sei kein Frachtfuhrmann, sondern ein Fleischer gewesen, dem der Beklagte die Fässer übergeben habe. Er will also geltend machen, die Auswahl der Person des Transportanten sei eine verfehlte gewesen. Das Berufungsgericht erhebt von Neuem Beweis und zwar über zwei Punkte: 1. ob die Fässer einem gewerbmäßigen Fuhrhalter und nicht einem Fleischer, der nur gelegentlich sein Fuhrwerk vermiethet, übergeben seien, 2. ob der Transportant der Fässer

---

[1]) Siehe oben S. 170. 189.

dieselben zur Beförderung an die Klägerin der Bahn übergeben habe. Den nach Obigem[1]) dem Beklagten an dritter Stelle nachzulassenden Beweis, daß die Fässer der Klägerin zugegangen seien, übersieht das Berufungsgericht. Ebenso übersieht es, daß der Kläger zum Beweissatz 2 sich gegenbeweislich auf eine Bescheinigung der Güterexpedition berufen hat, daß nur acht, nicht zwölf Fässer der Bahn zur Beförderung übergeben seien. Wenn das Gericht für nöthig hielt, den Zeugen P. über die Aufgabe der Fässer zur Bahn zu hören, so mußte es auch jene Bescheinigung der Expedition einfordern. Weiter aber tritt das Gericht nach dem Verlaufe des Prozesses mit seinem eigenen Beweisbeschluß in Widerspruch. Die Fassung desselben unter 1. ergiebt, daß nach Ansicht des Gerichts der Beklagte durch die Uebergabe der Fässer an einen Fleischer, der nur gelegentlich sein Fuhrwerk vermiethet, nicht seinen Pflichten genügte; das Gericht hielt nach dem Beweisbeschlusse die Uebergabe an einen gewerbmäßigen Fuhrhalter für erforderlich. Nachdem die Auskunft des Magistrats und die Vernehmung des Transportanten selbst ergeben hat, daß die Uebergabe nicht an einen gewerbmäßigen Fuhrhalter, sondern an einen nur gelegentlich sein Fuhrwerk vermiethenden Fleischer erfolgt sei, hätte zu diesem Punkte der Beweis des Beklagten für mißlungen erklärt und es hätte erörtert werden müssen, wie es sich mit dem Beweise der Uebergabe an die Bahn oder mit der Ankunft der Fässer beim Kläger verhalte. Das Berufungsgericht unterläßt aber eine solche Erörterung und nimmt nach seinen Entscheidungsgründen an, bei Auswahl des Fleischers als Transportanten habe der Beklagte die erforderliche Sorgfalt angewendet. Ist dies richtig, dann war der angeordnete und erhobene Beweis überhaupt unnöthig; daß der Transportant ein nur gelegentlich sein Fuhrwerk vermiethender Fleischer war, hatte ja die Klägerin selbst behauptet. Wenn diese Thatsache genügte, um den Beklagten von seiner Verpflichtung zu befreien, so durfte der Beklagte nicht noch mit dem Beweise belastet werden, daß der Transportant Fuhrhalter sei, der gewerbsmäßig Güter zur Bahn befördere.

Gleichwohl lassen sich die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts vertheidigen. Gesetzt, der Wohnort des Beklagten ist — was das Gericht wissen muß — ein kleiner Ort, an dem es keine

---

[1]) Siehe S. 348.

gewerbsmäßigen Bahnfuhrleute giebt, an dem vielleicht die Bahnfuhren mit sonstigem Fuhrwerk besorgt werden, so ist der Fleischer, der sein Fuhrwerk zu solchen Zwecken herzugeben pflegt, ein ordnungsmäßig gewählter Transportant. Nur hätte eine dahin zielende Ausführung in die Urtheilsgründe aufgenommen werden müssen. Statt dessen stellen die Gründe wiederum den Inhalt der Zeugenaussage voran, ohne daß man zunächst sieht, weshalb die Zeugenaussage von Erheblichkeit war. Dann läßt das Gericht ohne jede nähere Begründung den Satz folgen, der Beklagte habe bei Auswahl des Transportanten die erforderliche Sorgfalt angewendet.

Nun kommen wir noch zu einer Frage, die sich neben der Frage nach der Rücklieferung der Fässer durch die ganzen Verhandlungen hindurch zieht: wer ist denn eigentlich Kläger in diesem Prozesse? Um unsere Erörterungen nicht zu verwirren, habe ich hiervon bis jetzt geschwiegen. Es handelt sich also — wie man das technisch ausdrückt — um die Frage der klägerischen Legitimation. Die Klage ist erhoben von der „Handlung Gebrüder Koppen". Wir haben früher gesehen,[1]) daß eine „Handlung" kein juristisch brauchbarer Begriff ist; eine „Handlung" kann keine Prozesse führen, wohl aber kann das eine „Firma". Es muß also heißen die „Firma Gebrüder Koppen". Das ist die Firma einer Handelsgesellschaft, wie sie im Prozesse aufzutreten legitimirt ist. Mit dieser Handelsgesellschaft sind im Laufe der Zeit Veränderungen vorgegangen. Aber das, was mit der Firma geschehen ist, läßt die Verhandlung überall in tiefem Dunkel. Sicher ist, daß die Gebrüder Koppen sich verwandelt haben in einen Einzelinhaber; wie, erhellt nicht; es erhellt nur, daß irgendwann einer der Gebrüder die Firma allein geführt hat. Es erhellt ferner, daß dieser alleinige Inhaber gestorben ist und eine Wittwe mit minderjährigen Kindern hinterlassen hat; sie ist zugleich die Vormünderin ihrer Kinder. Wann aber die erste Wandlung in der Inhaberschaft eingetreten und wann der übriggebliebene später alleinige Firmeninhaber gestorben, namentlich, ob er vor dem gegenwärtigen Prozesse gestorben ist, ergiebt die Verhandlung nicht. Nehmen wir an, schon zur Zeit der Klagzustellung sei der letzte der Gebrüder todt gewesen, und die Wittwe hätte mit ihren Kindern als Erben die Firma noch vorläufig fortgesetzt,

[1]) Siehe oben S. 243 ff. 250.

so würde es, wenn das Gericht den im Termine den 12. Februar 1884 der Klägerin zugeschobenen Eid hätte auferlegen wollen, zur Frage gekommen sein, wer den Eid leisten müßte. Es hätte sich dann herausgestellt, daß die Wittwe für sich und ihre Kinder die Eidespflichtige und daß sie von Anfang an Prozeßpartei war. Anders steht die Sache, wenn noch bei Beginn des Prozesses der letzte der Gebrüder Koppen lebte, und wenn erst im Laufe des Prozesses die Veränderung durch seinen Tod eintrat. Da der klagende Alleininhaber durch einen Anwalt vertreten war, wurde der Prozeß nicht unterbrochen, der Beklagte konnte aber Aussetzung des Verfahrens beantragen.[1]) Das hat der Beklagte im Termine den 16. September gethan, und das Gericht hat darauf vom klägerischen Anwalt ein Handelsgerichtsattest verlangt, wer zur Zeit Inhaber der klagenden Firma sei. Die demgemäß im nächsten Termine vom klägerischen Anwalt vorgelegte Erbbescheinigung des Amtsgerichts, ist datirt vom 4. März 1884, aber es erhellt aus ihr nicht, wann der Tod des Karl Hermann Koppen eingetreten ist, ob vor der Klagerhebung oder nachher. Geschah es nachher, so hatten die Erben das ausgesetzte Verfahren aufzunehmen. Auch über eine solche Aufnahme schweigt das Protokoll. Also in diesem Punkt ist der Sachverhalt unklar. Gesetzt, es sei Karl Hermann Koppen während des Prozesses gestorben, so ist es richtig, daß die Wittwe Koppen für sich und ihre Kinder in die Rubrik des Berufungsurtheils mit aufgenommen wurde. Man pflegt in solchen Fällen, wie hier geschehen, zu sagen: es ergehe Urtheil „in Sachen der Firma Gebrüder K., jetzt deren Rechtsnachfolger, nämlich der Wittwe . . . und der Kinder . . .“

Eigenthümlich ist es sodann, daß das Berufungsgericht alsbald in der Rubrik die eventuelle und die alternative Klage verwechselt; denn als Prozeßgegenstand wird in der Rubrik „Rückgabe von vier Bierfässern oder Zahlung von 20 Mk.“ angegeben, während in der Klage „Rückgabe der Fässer, eventuell Zahlung von 20 Mk.“ gefordert ist. Also auch das Berufungsgericht hat den Gegensatz zwischen beiden sachlich so sehr verschiedenen Klagbitten[2]) verkannt.

Schließlich ist noch mit einigen Worten auf den letzten Entscheidungsgrund des Berufungsurtheils einzugehen. Dort heißt es,

[1]) Vergl. C.P.O. §§ 217, 223. — [2]) Siehe oben S. 342. 343.

der Beklagte sei verbunden, der Klägerin seine Rechte gegen den Transportanten zu zediren. Damit wird eine ganz interessante Frage berührt. Allerdings muß anerkannt werden: wenn der Beklagte die Fässer dem Transportanten geliefert hat und die Fässer nicht angekommen sind, so haftet der Beklagte aus dem Kaufvertrage nicht mehr für die Lieferung der Fässer, aber er haftet immerhin noch aus dem Kaufvertrage, Alles zu thun, damit der Kläger sich selbst den Besitz der Fässer verschaffen oder einen etwaigen Ersatzanspruch durchsetzen kann. Das würde dadurch bewirkt werden, daß der Beklagte die Ansprüche zedirt, die er seinerseits an den Frachtführer hat, weil das Frachtgut nicht ordnungsmäßig befördert ist. Auch ein solcher Anspruch beruht auf dem Kaufvertrage; denn zu den Verpflichtungen des Käufers gehört die Zession dieses Anspruchs. In der älteren gemeinrechtlichen Praxis galt der Satz, daß, wenn Jemand gegen einen Andern einen Anspruch auf Zession einer Klage hat, diese Zession von selbst als bewirkt anzunehmen, daß es also überflüssig sei, den zur Zession Verpflichteten auf die Vornahme der Zession zu verklagen; wer das Recht auf Zession hat, könne alsbald im Wege der Klage gegen den Schuldner seines Schuldners vorgehen. Das war zweckmäßig; es sparte einen Prozeß. Heute geht man aber auch im gemeinen Recht nicht mehr so weit; ebenso verlangt man nach Preußischem Recht eine besondere Zession.[1]) Unser Prozeß würde also in den Händen geschickter Anwälte folgende Gestalt annehmen. Der Beklagte würde auf die Klage erklären: „Zurückliefern kann ich die Fässer nicht mehr; ich habe sie dem Fuhrmann X. zur Beförderung auf die Bahn übergeben; dagegen bin ich bereit, den Anspruch, den ich aus diesem Transportvertrage gegen den Fuhrmann oder gegen die Bahn habe, zu zediren". Hierauf würde der Kläger wohlthun, seiner auf Herausgabe der Fässer oder auf Zahlung von 20 Mk. gerichteten Klagbitte die eventuelle weitere Klagbitte auf Zession des Anspruchs gegen den Transportanten hinzuzufügen. Stellte sich dann im Prozesse heraus, daß in der That die Fässer ordnungsmäßig an die Klägerin abgesandt seien, so wäre das Urtheil auf die Zession des gegen den Transportanten etwa bestehenden Anspruchs zu richten gewesen. Damit wäre der zweite

---

[1]) Vergl. Ztschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen 1836 II. S. 239; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 S. 314. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 6. Aufl. Bd. 1 S. 631 Note 16.

Prozeß, auf welchen das Berufungsgericht die Klägerin verweist, alsbald im Rahmen des gegenwärtigen ersten Prozesses erledigt worden. Ja, es wäre vielleicht jeder Prozeß zwischen den Parteien vermieden, wenn der klägerische Anwalt von vornherein sich sorgfältig über die Sachlage instruirt hätte. In der Klagschrift steht, daß Beklagter „trotz Aufforderung die Herausgabe der Fässer, eventuell die Zahlung des Werthes verweigere". Danach ist anzunehmen, daß die Parteien Briefe über die Herausgabe der Fässer gewechselt haben. Diese vor Allem mußte sich der klägerische Anwalt vorlegen lassen, als ihm der Kläger den Auftrag zur Klagerhebung ertheilte. In dem Briefe des Beklagten stand höchstwahrscheinlich: „Ich habe die Fässer dem Fuhrmann X. zur Beförderung an Sie übergeben". Erklärte das die Klägerin für glaubhaft, dann mußte der Anwalt die Klägerin dahin verständigen, daß der Beklagte seiner Verpflichtung, die Fässer zurückzugeben, genügt habe, der Anwalt mußte sagen: „ich stelle eine Klage auf Herausgabe der Fässer nicht an; ich rathe vielmehr, dem Beklagten zu erwidern, da er die Fässer zurückgeliefert haben wolle, so bäten Sie, Ihnen den Anspruch gegen den Fuhrmann zu zediren". Erst wenn der Beklagte diese Zession abgelehnt hätte, lag ein Anlaß zur Klage, und zwar zur Klage auf Zession vor.

Wir haben also wieder einmal einen der wenig erfreulichen Fälle vor uns, in denen die Parteien ohne ihre Schuld einen langwierigen kostspieligen Prozeß zu führen veranlaßt sind.

---

Von den durchgesehenen Arbeiten hat die eine ein Studiosus des ersten Semesters geliefert. Mit Recht hebt der Verfasser die Ueberzahl der Termine und die Verschleppung der Sache hervor, mit Recht führt er aus, die Entscheidung hänge davon ab, ob der Beweis über die Fuhrmannseigenschaft des Transportanten gelungen sei. Er untersucht auch mit Recht, ob die Fässer der Klägerin selbst hätten zurückgeliefert werden müssen, oder ob die Uebergabe an den Spediteur genüge. „Dagegen spräche" — sagt er — „allerdings die Thatsache, daß nirgends im H.G.B. ausgesprochen sei, die Sendung von Gütern habe lediglich durch berufsmäßige Spediteure, Frachtführer u. s. w. zu geschehen — also eine Gütersendung wohl auch dem anvertraut werden dürfe, den man für ehrlich zu halten sich berechtigt glaubte, besonders wenn es in einem Orte keinen ordent-

lichen Frachtführer giebt, der sich gewerbmäßig, d. h. ausschließlich mit dem Transport von Gütern beschäftigt (Art. 390 H.G.B.). Danach wäre der Kläger also auch für den Fall, daß P. Fleischer war und nur gelegentlich sich mit der Fuhrwerkerei beschäftigte, wie das Amtsgericht auch entschied, mit seiner Klage abzuweisen gewesen." Dann geht der jugendliche Verfasser dieser Arbeit auf die andere Frage ein, ob überhaupt die Klägerin einen Anspruch auf Zession der Klage gegen den Fuhrmann habe. Er vertheidigt dabei aus einem ganz gesunden Rechtsgefühle heraus die — ihm natürlich unbekannte — Theorie des älteren gemeinen Rechts mit folgenden Worten: „Merkwürdig erscheint der Satz der Urtheilsgründe: „„Der Beklagte . . . wäre nur verbunden, der Klägerin seine Rechte an den Transportanten zu zediren"". Seine Rechte an den Transportanten! Danach hätte also der Beklagte eigentlich das Recht, ohne daß er verurtheilt wurde, d. h. ohne daß er irgend einen Schaden erlitt, einen Schadensersatz dem Transportanten gegenüber geltend zu machen. Wie die Sachen aber nach dem Ausgange des Prozesses stehen, hat dieses Recht einzig und allein nur die Klägerin. Jener Satz begründet also nur einen gänzlich überflüssigen neuen Prozeß zwischen Klägerin und Beklagten auf Zession von dessen angeblichen Rechten gegen den Fleischer P. an die Klägerin neben dem unumgänglichen Prozeß, der dann noch zwischen der Klägerin und dem Fleischer sich von selbst ergiebt. Der erste dieser Prozesse wäre zu vermeiden gewesen."

Wer kann nach solchen Ausführungen zweifeln, daß sich Rechtsfälle einfachster Art zur Schulung auch solcher Hörer eignen, die noch an der Schwelle ihrer juristischen Ausbildung stehen?

Die zweite Arbeit ist von einem Studirenden des vierten Semesters geliefert. Er nimmt an, es sei ein Leihvertrag bezüglich der Fässer zu Stande gekommen und schließt dann aus den Artt. 282 und 345 H.G.B., deren letzterer zwar nur vom Kauf spreche, aber hier analog heranzuziehen sei, daß die Urtheile erster und zweiter Instanz, möchten sie auch dürftig begründet sein, doch das Richtige träfen.

Der Verfasser der dritten Arbeit befindet sich als Referendar in der Rechtsanwaltsstation. Auch er nimmt Leihe an. Den Klaggrund sieht er in dem Handelsgebrauch, daß bei Geschäften der hier fraglichen Art die Fässer zurückgeliefert oder bezahlt werden müßten.

Das ist insofern ein bedenklicher Satz, als der Richter einen Handelsgebrauch als bestehend ansehen will, ohne daß die Parteien sich auf den Handelsgebrauch berufen. Ein Handelsgebrauch ist aber ein thatsächliches Moment, das, wie jedes solcher Momente nur in Berücksichtigung gezogen werden darf, wenn die eine oder andere Partei eine entsprechende Behauptung aufstellt. Ein Handelsgebrauch ist nicht eine Rechtsnorm, wie ein Gesetz, das der Richter kennen muß. Im Resultate gelangt diese Arbeit zu einem Eide darüber, daß die Fässer wieder in der Klägerin Hände gelangt sind. In dem Eide fehlt die Zeit der Rückübertragung, die allerdings in der gedruckten Vorlage auch nicht genau angegeben ist. Eine solche Zeitangabe gehört an sich schon zur Vollständigkeit des Eides.[1]) Außerdem ist es aber wesentlich, ob die Rückübertragung im Laufe des Prozesses oder ob sie vorher stattgefunden hat; ersteren Falles würde der Beklagte, letzteren Falles würde die Klägerin die Prozeßkosten zu tragen haben.

Aus der vierten Arbeit, die von einem der hiesigen beim Amtsgerichte beschäftigten Referendare herrührt, ist von allgemeinerem Interesse die darin enthaltene Rüge der klägerischen Prozeßvollmacht. Diese Vollmacht ist nur „Gebrüder Koppen" unterschrieben. Das Gericht hätte — so verlangt der Verfasser der Arbeit — die Persönlichkeit von Amtswegen feststellen müssen, von der die Unterschrift herrührt, und es hätte weiter feststellen müssen, ob diese Persönlichkeit die Firma zeichnen durfte. So weit geht die heutige Praxis nicht. Die mit der Firma unterschriebene Vollmacht ist präsumtiv von dem Berechtigten unterschrieben. Man überläßt die Erörterung darüber dem späteren Verfahren. Wenn es nicht zu einem Eide kommt, kann sogar die Zwangsvollstreckung gegen die Firma ausgeführt werden, ohne daß die physische Person, welche der Inhaber der Firma ist, in die Erscheinung tritt.

---

Schließlich möchte ich noch kurz die aus unserem Rechtsfalle sich ergebenden Sätze mittheilen.

1. Eine alternative Klagbitte ist im Verhältniß zu einer Bitte, die nur auf eine der beiden Alternativen gerichtet ist, stets eine Minderforderung: sie giebt dem Beklagten das Wahlrecht, die eine oder die andere der begehrten Leistungen zu machen.

---

[1]) Siehe oben S. 134 ff. 297.

2. Eine alternative Klagbitte ist auch im Verhältniß zu einer eventuellen Bitte eine Minderforderung: die eventuell begehrte Leistung soll gemacht werden, wenn der Beklagte zur primär begehrten nicht verurtheilt werden kann, nicht aber, wenn der Beklagte die primär begehrte nicht machen will.

3. Ansprüche auf Vergütung oder Rücklieferung von Fässern, Kisten oder dergl. Emballage bedürfen im Streitfalle einer besonderen thatsächlichen Begründung; daß die Emballage auf der die Waare begleitenden Faktura zu einem gewissen Preise berechnet ist, gewährt ohne Weiteres noch nicht den Anspruch auf Zahlung dieses Preises.

4. Bei Klagen auf Herausgabe einer Sache, eventuell auf Zahlung deren Werthes ist die Frage, ob Beklagter zur Herausgabe im Stande ist, im Streitfalle nicht durch Beweiserhebung zu entscheiden, sondern es ist, wenn Kläger siegt, der Beklagte zur Herausgabe der Sache, eventuell zur Zahlung ihres im Prozesse festgestellten Werthes zu verurtheilen. Die Frage, ob Beklagter zur Herausgabe im Stande ist, erledigt sich dann durch den Versuch, die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielen.

# Schlußwort.

Damit wären wir am Ende unserer Erörterungen angelangt. Wie ein guter Haushalter aber beim Schlusse des Jahres sich Rechenschaft ablegt über sein Soll und Haben, so wollen wir des Gleichen thun beim Schlusse unseres Semesters.

Der Zweck, den ich bei der Einrichtung unserer Uebungen verfolgt habe, war ein dreifacher: erstens kam es mir wesentlich darauf an, Diejenigen, die soeben in die akademische Laufbahn eintreten, alsbald von vornherein in das Getriebe des praktischen Lebens einzuführen; sodann beabsichtigte ich zweitens, denselben Herren und auch den Herren, die schon in den weiteren Stadien der juristischen Ausbildung, ja vielleicht sogar schon im richterlichen Berufe stehen, eine Reihe von Fehlern vorzuführen, die häufig in der Praxis wiederkehren, die der Ausmerzung bedürfen und ohne irgendwelche besondere Schwierigkeiten ausgemerzt werden können, damit Sie vor diesen Fehlern bewahrt bleiben und künftig an denselben Anstoß nehmen. Endlich drittens wollte ich versuchen, Denjenigen, welche der Universität angehören, zum Besuche nutzbringender belehrender Kollegien und zum Selbststudium einen wirksameren Impuls zu geben, als er in einer allein auf die Theorie beschränkten rein rezeptiven Thätigkeit gefunden werden kann. Zu diesem Zweck haben wir uns zunächst damit befaßt, im Allgemeinen das Wesen und die Ziele des Prozesses kennen zu lernen. Wir haben uns die Hauptpflichten, die unser Prozeß nach der bestehenden Gesetzgebung den Parteien auferlegt an den fünf Gruppen der Behauptungs-, der Erklärungs-, der Beweis-, der Eides- und der Leistungspflicht klar zu machen versucht und haben danach acht Prozesse oder — wenn wir die verschiedenen Phasen jenes Falles Klei gegen Boos, betreffend die Lieferung eines Mantels, einzeln zählen — zwölf Prozesse erörtert. Alle diese Prozesse waren so geartet, daß der Thatbestand sich in zwei bis drei Zeilen zusammendrängen ließ. Gerade wegen dieses leicht faßlichen Thatbestands sind sie ausgewählt, weil es nur dadurch gelingen

konnte, um unsere Untersuchungen auch den Jüngsten unter Ihnen verständlich zu machen. Gleichzeitig aber mußte ich darauf bedacht sein, daß die Prozesse auch allgemein interessantes juristisches Material in sich bargen; nur so durfte ich hoffen, auch den Vorgerückteren Gesichtspunkte zu eröffnen, die zu fesseln geeignet waren. Unser Hauptziel war also Verwerthung der Praxis des täglichen Verkehrs, namentlich der in dieser Praxis heimisch gewordenen Fehler, um uns für die Praxis zu schulen. Zunächst kam es mir darauf an, mit Erörterungen über die Behauptungspflicht, über die Erklärungspflicht, über das Leugnen negativer Behauptungen, über die Beweislast, über die Feststellung von Beweis- und namentlich von Eidessätzen grundlegende Gesichtspunkte zu klarer Anschauung zu bringen. Viele der vorgeführten Fälle hatten dasjenige Geschäft zu ihrem Hintergrunde, das uns am häufigsten im täglichen Leben begegnet, den Kauf. Wir fanden auf diesem Gebiete Gelegenheit, uns mit der Preisbestimmung, namentlich mit der Bedeutung des angemessenen Preises, mit der Gewährung von Zahlungsfristen und mit den Grundsätzen über Mängel der Waare zu befassen, überall aber nur mit einfachsten Grundsätzen, nicht mit schwierigen juristischen Problemen, weil ich nur solche materiellrechtliche Fragen bringen wollte, über die auch ein in der Rechtskunde noch gar nicht oder nur wenig Eingeweihter aus seinem natürlichen Verstande heraus sich ein Urtheil zu bilden im Stande sein mußte. Im Rahmen einiger weiteren Fälle berührten wir ein anderes im Verkehr besonders häufiges Rechtsgeschäft, das Darlehn. Fast überall war nebenher Anlaß, an eine Aufgabe heranzutreten, die tagtäglich den Richter zu beschäftigen pflegt, an die ihm zugetheilte schwierige Aufgabe der Willensinterpretation, und zwar, sowohl des Willens der Parteien, als des Willens des Gesetzgebers. In der Kunst der Willensinterpretation versuchten wir uns, als wir prüften, wie die Verhandlungen über Auflösung eines Kaufgeschäftes zu verstehen seien, und ob die Gesetzesworte dem Geschäftsreisenden die Befugniß zu einer solchen Auflösung ertheilen, ferner als wir die rechtliche Bedeutung einer telephonisch geführten Unterredung über einen Verkauf von Börsenpapieren oder einer Vereinbarung über Umschaffung einer Kaufgeldschuld in ein Darlehn oder einer Verweigerung der Zahlungsannahme, endlich als wir heute den Anspruch auf einen für Emballage in Rechnung gesetzten Preis erörterten.

Als Episode schalteten wir zur Erinnerung an den hundertjährigen Publikationstag des A.L.R. eine historische Reminiscenz ein, die sich anknüpfte an die gesetzlich vorgeschriebene Einleitungsformel der Urtheile „Im Namen des Königs".

Sie werden gesehen haben, daß der Spruch: „practica est multiplex", sein gutes Fundament hat. Fortwährend drängen auf Jeden, der mit offenen Augen durch das Rechtsleben geht, die interessantesten Fragen massenhaft ein. Von einem Auslernen oder Erschöpfen kann in diesen Dingen keine Rede sein. Selbst nicht einmal die Fälle, die wir hier eingehend erörterten, haben wir damit völlig erschöpft. Mancher von Ihnen und vielleicht auch Mancher außerhalb dieses Saales vertritt möglicherweise in mehr als einem Punkte andere Ansichten, als er sie hier vertreten gehört hat. Das hindert aber nicht, den Kampf, den wir öfter im Für und Wider gekämpft haben, als einen nutzbringenden anzuerkennen.

Das Eigenartige unseres Zusammenseins sehe ich darin, daß ich zunächst einen der Wirklichkeit entlehnten aktenmäßigen Stoff mit typischen Fehlern vorzuführen in der Lage war, nicht mit fingirten Fehlern oder etwa mit Fehlern, die in den schriftlichen Arbeiten der Zuhörer sich finden, sondern mit denen, die uns in der Praxis entgegentreten. Dann war es meine Hauptsorge, nicht Sie in den Lehren der Theorie, sondern vor Allem in den Lehren zu unterweisen, die uns die Praxis und nur die Praxis giebt, die nirgends anders zu finden sind als in der Praxis, nirgends in Büchern oder sonstwo. Auch mit praktischen Handgriffen, die über Schwierigkeiten hinweghelfen können, wie sie mannigfach der gegenwärtige Prozeß bietet, suchten wir uns vertraut zu machen.

In einem Punkte konnte ich das nicht erreichen, was ich nach meiner Einleitungsvorlesung beabsichtigt hatte. Die über mein Erwarten große Zahl der Herren, die erschienen sind,[1]) machte es nöthig, die selbstthätige Mitarbeiterschaft der Zuhörer hier im Saale auf ein Mindestmaß zu beschränken. Den Gedanken, den Einzelnen

[1]) Inskribirt auf die Vorlesung waren 495; dazu kamen noch 200 bis 300 nicht inskribirte Referendare und eine Zahl nichtinskribirter älterer Juristen. Da das Auditorium nicht mehr als 600 Sitzplätze hatte, fand in letzterer Zahl die Zahl der Zuhörer nach den ersten zwei Vorlesungen ihre naturgemäße Schranke. Im Ganzen wird sich etwa die Hälfte der regelmäßigen Zuhörer aus Studirenden, die Hälfte aus Nichtstudirenden zusammengesetzt haben.

als Kläger oder Beklagten, als Rechtsanwalt oder Richter zum Wort kommen zu lassen, oder häufig in Frage und Antwort mit Ihnen zu verhandeln, mußte ich aufgeben; schon die räumlichen Verhältnisse standen entgegen; einem Zwiegespräch würden nur die Wenigsten von ihren Plätzen aus haben folgen können. Ihre rege und liebenswürdige Theilnahme, die Sie mir ununterbrochen geschenkt haben, ohne merkliche Lücken in Ihren Reihen eintreten zu lassen, ist mir während dieses ganzen Winters eine wahre Erfrischung gewesen. Nicht nur Sie haben, wie ich hoffe, manches gelernt, auch ich habe, wie ich sicher weiß, viel gelernt. Sie werden bemerkt haben, wie ich mit besonderer Befriedigung in verschiedenen Arbeiten die Spuren davon wahrnahm, daß auch die Jüngsten unter Ihnen schon Nutzen zogen von dem, was sie in den ersten Vorträgen gehört hatten. Sie vernahmen noch in letzter Woche, wie ich in der Lage war, aus einer der gelieferten Arbeiten heraus den Beweis zu führen, daß in der That die heilsame Wechselbeziehung zwischen unseren Uebungen und den üblichen systematischen Vorlesungen so eingetreten ist, wie ich sie erhoffte.

Es wäre aber ein arger Irrthum, wenn Sie etwa vermeinten, durch das, was wir besprochen haben, für die civilistische Praxis ausreichend geschult zu sein. Nur einige Einzelheiten — allerdings Einzelheiten von besonderer praktischer Bedeutung — sind Ihnen vorgeführt, damit Sie wissen, wohin Sie Ihr Augenmerk zu richten haben, wenn Sie für Ihren civilistischen Beruf gerüstet sein wollen; nur einige Beiträge zu Ihrer Schulung wünschte ich Ihnen mit auf den Weg zu geben.

Ob ich überhaupt noch einmal in ähnlicher Weise zu einer ähnlichen Zuhörerschaft werde sprechen können — ich weiß es nicht; jedenfalls wird es nicht im nächsten Sommer und wohl auch nicht im nächsten Winter sein. Vielleicht finde ich indeß in der Methode, die ich anzuwenden versucht habe, den einen oder den andern Nachfolger. Sollte es mir außerdem hier und da gelungen sein, den Sinn in Ihnen geweckt zu haben, den ich geweckt und dauernd erhalten sehen möchte, so würde ich darin eine reiche Frucht meiner Thätigkeit erblicken. Ihnen Allen, die Sie so treulich hier ausgehalten haben, gebührt mein warmer Dank.

# Register.

## 1. Quellenregister.

## 2. Sachregister.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.

Stölzel, Adolf,

Schulung für die zivilistische Praxis

Bd.: 1

Berlin 1894